

CHAMBRE CONSTITUTIONNELLE DE LA COUR SUPRÊME DE JUSTICE. San José, le trente et un juillet deux mille treize, à seize heures et zéro minute.

Recours en inconstitutionnalité formé par OFELIA TAITELBAUM YOSELEWICH, en sa qualité de défenseur des habitants de la République, contre les articles 98, paragraphe 6, et 102, paragraphe e, du code pénal, dans la mesure où ils incluent les mots "homosexualité" et "prostitution" parmi les motifs justifiant l'imposition d'une mesure de sûreté. Magda Inés Rojas Chaves est également intervenue dans la procédure au nom du bureau du procureur général de la République.

En conséquence :

1.- Par lettre reçue au greffe de la Cour à quatorze heures et quarante minutes le quinzième jour de mars deux mille treize, le requérant demande la déclaration d'inconstitutionnalité des articles 98 (6) et 102 (e) du code pénal, au motif qu'ils sont contraires aux articles 28, 33, 39 et 40 de la Constitution politique et aux articles 5 de la Convention ibéro-américaine sur les droits de l'enfant, à l'article 2. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à l'article 2.2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et à l'article 1.1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme. Il affirme que les normes contestées sont inconstitutionnelles étant donné la perte du soutien de la communauté scientifique qui a permis d'affirmer que l'homosexualité était une maladie mentale sujette à un traitement psychiatrique et en application des principes indiqués dans la jurisprudence constitutionnelle, puisque face à la commission d'un comportement criminel, il est permis de faire une différenciation illégitime dans l'exercice du pouvoir punitif de l'État sur la base de l'orientation sexuelle de la personne, en ignorant la détermination de cette orientation comme un exercice légitime de la liberté et de l'autonomie, constitutionnellement reconnu comme un droit fondamental. Dans le cas de l'homosexualité, il considère que les normes impliquent une violation de l'article 40 de la Constitution, non seulement en raison de la durée indéterminée de la mesure de sécurité, mais aussi en raison de l'intention implicite d'appliquer des traitements ou des cures pour l'inversion de l'orientation sexuelle. Il indique que selon le rapport du rapporteur spécial contre la torture du Comité des droits de l'homme - rapport A-56-156 présenté le 3 juillet 2011 à l'Assemblée générale des Nations Unies - depuis 1992, l'homosexualité a été éliminée de la classification internationale des maladies, ce qui a rendu nécessaire l'élimination des dispositions légales, telles que celles qui font l'objet de l'analyse, non seulement ne répondent pas aux règles du droit pénal constitutionnel ni à une plus grande compréhension scientifique de la diversité sexuelle des êtres humains, mais constituent également un mandat urgent et non prorogeable pour l'État costaricien, en vertu du droit international des droits de l'homme, car elles sont discriminatoires et contraires à la dignité humaine. Elle souligne que ce type de mesures appliquées à l'homosexualité répond à une conception unique de la sexualité humaine qui qualifie d'"anormale" ou de "dégénérée" toute autre possibilité de la vivre et, par conséquent, relègue son approche au monde criminel et aux soins psychiatriques. C'est cette conception qui reste latente dans la législation contestée, au motif que l'homosexualité est en soi un état dangereux, c'est-à-dire un élément ayant un impact sur la commission d'un acte criminel. D'autre part, elle est qualifiée d'"habitude ou coutume" qui, en tant que telle, peut être éliminée ou contrôlée par un traitement psychiatrique, qui a été exclu comme indiqué, et qui viole également la

dignité humaine dans la mesure où il s'agit d'une norme discriminatoire qui compromet l'accès et la jouissance des droits fondamentaux sur la base de l'orientation sexuelle. En ce qui concerne l'incorporation du concept de prostitution comme hypothèse pour l'application de mesures de sécurité, il indique que, sans ignorer l'existence de la prostitution masculine, il s'agit d'une activité essentiellement réduite à la sphère féminine, sanctionnant son éloignement du modèle de conduite qui a été socialement imposé aux femmes et qui limite l'expérience de leur sexualité à un rôle passif et procréateur, et principalement, réduite à la sphère privée, jamais à la sphère publique. Par conséquent, l'application de mesures de sécurité - qu'elles soient curatives, éducatives ou correctives - a pour seul objectif de corriger la déviation du comportement des femmes, qui est en soi considéré comme dangereux pour la communauté, afin de leur imposer le rôle qui est socialement considéré comme naturel ou normal pour elles. Elle indique qu'une approche criminelle de cette réalité sociale, qui rend invisibles les raisons pour lesquelles de nombreuses travailleuses du sexe ont choisi cette activité, criminalise le comportement des femmes, en sapant la validité et l'importance de leur décision et de leur réalité, sans même évaluer les causes qui les ont amenées à choisir cette activité. Elle considère que la femme ou la personne soumise à la prostitution ne peut et ne doit pas être l'objet de la réaction punitive de l'État, mais que l'attention et la participation au processus doivent toujours se faire en tant que victime. Compte tenu de ce qui précède, l'application de ces mesures, à condition qu'elles n'impliquent pas une condition d'irrécusabilité qui empêche la réalisation de l'épreuve de reproche, est proche du droit constitutionnel et, par conséquent, l'incorporation de la prostitution comme base de leur application viole les articles 33 et 40 de la Constitution politique. Il considère également que les articles 28 et 39 de la Constitution ont été violés, dans la mesure où l'autonomie de la volonté et le principe de culpabilité ne sont pas respectés, car la sanction pénale doit être fondée sur le comportement et non sur l'état ou la personnalité de l'individu. Elle indique que la norme en question viole également les normes du droit international des droits de l'homme concernant la reconnaissance des droits des femmes et la visibilité et l'éradication des situations de violence et de discrimination auxquelles elles ont été historiquement soumises. L'application de mesures de sécurité aux femmes qui se livrent à la prostitution en tant qu'activité volontaire a pour seul objectif réel de modifier leur comportement afin de garantir que leur comportement par rapport à l'expérience de leur sexualité soit conforme au rôle traditionnel imposé aux femmes. À cet égard, elle considère qu'il s'agit d'une mesure adoptée par l'État lui-même qui cherche à légitimer et à reproduire des critères qui rendent invisible la condition des personnes (principalement des femmes) qui se livrent à la prostitution et qui, loin de contribuer à leur réintégration sociale, les discrimine, les exclut et les stigmatise, en contradiction directe avec les obligations contenues dans la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence à l'égard des femmes. Elle demande que le recours soit déclaré recevable.

2- Pour justifier la qualité requise pour introduire ce recours en inconstitutionnalité, il est fait référence à l'article 75, troisième alinéa, de la loi sur la juridiction constitutionnelle, dans la mesure où la qualité de médiatrice des habitants de la requérante lui confère directement la qualité pour introduire le recours.

3 - Par résolution de quinze heures et quatre minutes du dix-neuf mars deux mille treize, cette Cour a donné suite à l'action, en conférant une audience au bureau du procureur général de la République.

4 - Le parquet général de la République a présenté son rapport le seize avril deux mille treize, à quatorze heures et trois minutes. Il souligne que dans l'histoire de l'humanité, les relations sociales peuvent être divisées et observées à partir de deux sphères, de la position de l'homme et de la

position de la femme, de ce que doit être un homme, de ce que doit être une femme. Cette dichotomie est née de l'existence de différences fondées sur le sexe des personnes ; et à partir de cette différence, qui n'est par essence que biologique, un schéma de rôles a été élaboré, une division des fonctions, qui détermine la classe et le degré de participation correspondant aux hommes et aux femmes au sein de l'événement social. Par conséquent, le genre naît et se développe à partir d'une construction sociale, qui repose sur l'idée d'êtres humains différents en fonction de leur sexe : les hommes et les femmes. Une construction sociale qui a placé les femmes dans une position d'infériorité et, par conséquent, de discrimination en raison de leur sexe, et qui les a historiquement réduites à des tâches domestiques ou à un travail éloigné du pouvoir de décision, ce qui réduit leurs possibilités de se développer et de faire respecter leur dignité et leur liberté. De leur côté, les hommes sont destinés à remplir un rôle - généralement de pouvoir - au sein de la société et dans la sphère institutionnelle. Le genre est une construction sociale qui définit ce que les hommes et les femmes peuvent faire, détermine leurs responsabilités et leurs fonctions et, en tant qu'élaboration sociale, a fortement contribué à la définition culturelle de toutes les sociétés, au point qu'il est tellement immergé dans le discours social qu'il a signifié son acceptation par les femmes et les hommes en influençant et en conditionnant leur comportement, en se comprenant eux-mêmes en fonction de leurs rôles. Cependant, comme tous les processus historiques et culturels, l'esprit humain rend difficile un comportement linéaire et commence à générer des changements qui ont modifié la compréhension sociale de la dichotomie entre les sexes.

Selon Lamas, le genre est "un "filtre" culturel à travers lequel le monde est interprété", il est défini par la culture et la culture qui nourrit chaque société la remplit de symbolismes à partir desquels "de multiples versions de la dichotomie homme-femme sont engendrées", attribuant aux divers comportements et activités individuelles et sociales des caractéristiques féminines et masculines. Il est possible d'affirmer que les sociétés ont été structurées à partir d'un système de relations entre les sexes et qu'elles se sont caractérisées par la création d'inégalités au détriment des femmes, ainsi qu'au détriment de tout comportement sexuel différent de celui que ces rôles ordonnent. Cette construction sociale peut être observée dès l'enfance et ses jeux, les garçons étant chargés des jeux les plus physiques tels que le football et apprenant également à s'amuser avec des voitures, et les filles apprenant à jouer à la cuisine et à s'occuper de bébés jouets, ce qui constitue une continuation de la création des rôles masculins et féminins, qui se reflète finalement dans la maturité au niveau de la formation scolaire, de la prise de décision et de la participation à la vie sociale. Cette vision du monde des rôles de genre est en train de changer. L'"habitus" n'est plus le même, de sorte que les relations historiques entre les sexes sont réajustées, réorganisées, transmises et génèrent des variations culturelles qui pénètrent les structures de la coexistence sociale et qui constituent la genèse d'une vision différente de la construction sociale du genre. Diverses dispositions relatives aux droits de l'homme affirment l'égalité des sexes, tout en interdisant toute forme de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Toute disposition qui discrimine les femmes sur la base de leur statut de femme ou qui discrimine les femmes et les hommes sur la base de leur orientation sexuelle est contraire aux droits de l'homme. En ce qui concerne la violation du principe constitutionnel de culpabilité, il souligne que les mesures de sécurité en matière pénale sont régies par le titre VI du code pénal et que, conformément au paragraphe 97 de celui-ci, elles ne peuvent être appliquées qu'aux personnes ayant commis un acte punissable, lorsque le rapport établi par l'Institut national de criminologie indique qu'elles sont susceptibles de récidiver. À cet égard, il cite l'arrêt de cette Cour n° 2003-2586. Il indique que le numéro 98 du code pénal impose au juge pénal l'obligation d'appliquer la mesure de sécurité correspondante, en établissant deux cas d'admissibilité, dans les cas de personnes incontestables et dans ceux de sujets imputables. Cette différenciation constitue l'essence de l'analyse qui sera effectuée pour conclure que les mesures de sûreté ne peuvent pas être

appliquées aux personnes imputables, car cela signifie une transgression du principe constitutionnel de la culpabilité. Précisément, le numéro 50 du code pénal établit les types de peines prévues dans notre législation répressive, à savoir l'emprisonnement, le bannissement, l'amende et la déchéance, en plus de la déchéance spéciale et de la fourniture de services d'utilité publique, qui sont applicables après la preuve de la culpabilité, par le biais du développement d'une procédure régulière. L'application de mesures de sécurité nécessite également la mise en place d'une procédure pénale régulière, afin de prouver l'existence d'un délit et sa commission par le sujet actif, mais ce n'est pas un jugement de culpabilité qui est rendu, mais un jugement de dangerosité, raison pour laquelle leur application à des personnes imputables est anticonstitutionnelle.

En effet, dans notre système de droit démocratique, la détermination de la responsabilité pénale repose sur le principe de la culpabilité, c'est-à-dire sur un droit pénal de la culpabilité et non de l'auteur. Compte tenu de ce qui précède, les mesures de sûreté en matière pénale ne peuvent être appliquées qu'à des personnes déclarées irresponsables. L'analyse du principe de culpabilité dans notre droit pénal a été largement résolue par la Chambre constitutionnelle, pour laquelle elle cite les arrêts n° 1992-1438 et 1992-088. Elle conclut, en ce qui concerne le numéro 98, section 6) du code pénal, que, dans la mesure où il vise à mettre en œuvre des mesures de sécurité pour les personnes qui peuvent être inculpées, il est inconstitutionnel parce qu'il viole le principe de culpabilité contenu dans l'article 39 de la Constitution, ce qui est suffisant pour recommander qu'il soit déclaré inconstitutionnel. Dans son contenu normatif, l'article 98, paragraphe 6) du code pénal, ainsi que l'article 102, paragraphe e), considèrent la prostitution et l'homosexualité comme des maux sociaux et des maladies qui conditionnent la personne comme dangereuse, car elles peuvent constituer la genèse d'un comportement criminel. L'article 96 établit comme critère de différenciation entre l'application d'une sanction pénale et d'une mesure de sûreté, la pratique ou non de la prostitution et l'homosexualité, ce qui signifie que nous devons analyser si la différenciation effectuée répond ou non à un critère objectif, raisonnable et proportionné. Le principe d'égalité est consacré par l'article 33 de la Constitution, qui dispose que "tous les hommes sont égaux devant la loi et qu'aucune discrimination contraire à la dignité humaine ne peut être faite". Le principe d'égalité et de non-discrimination est également garanti au niveau international par divers instruments, tels que l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme ; les numéros 1.1 et 24 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, ou Pacte de San José ; l'ordonnée 2 de la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme ; le numéro 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; l'article 6 de la Convention ibéro-américaine relative aux droits de la jeunesse ; le numéro 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Sur ce même point, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, agissant à titre consultatif, a indiqué que la différenciation de traitement n'est contraire aux droits de l'homme que lorsqu'elle est dépourvue de justification raisonnable et objective. Elle cite ainsi les dispositions de l'avis consultatif OC-04/84 de la Cour interaméricaine. De même, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire L. et V. VS. Autriche, est parvenue à la même conclusion, affirmant qu'une différence de traitement est discriminatoire lorsqu'elle est dépourvue de justification objective et raisonnable. Dans le même ordre d'idées, il cite la jurisprudence constitutionnelle établie dans les arrêts n° 2006-11344 du 4 août 2006 à 8h48 et n° 2003-5374 du 20 juin 2003 à 14h36. Sur la base de ces considérations, il indique que la règle visée permettrait à deux hypothèses factuelles similaires d'avoir des conséquences juridico-pénales différentes. Ainsi, par exemple, dans deux cas similaires de blessures graves, une personne qui n'est ni prostituée ni homosexuelle pourrait être condamnée à une peine d'emprisonnement allant de un à six ans et bénéficierait également d'une série d'avantages pendant l'exécution de la sanction pénale, tels que le sursis ou la libération

conditionnelle, pour ne citer que deux exemples. Toutefois, si, au cours du procès, il est établi que la personne responsable a commis le délit en se prostituant ou en étant homosexuelle de manière régulière, en déterminant ses actes par cette condition personnelle, le juge serait obligé d'imposer une mesure de sécurité, sans que la personne puisse bénéficier des avantages prévus dans le processus d'exécution de la peine, mais surtout sans qu'elle puisse être condamnée à une sanction pénale pour une période de temps déterminée par la loi pénale.

Cette différence de traitement pénal n'a aucune raison légale de la justifier, cette différence de traitement n'est en aucun cas adaptée, nécessaire et encore moins proportionnelle, car elle obéit à des considérations discriminatoires sur la base de l'orientation sexuelle et de la liberté ; on ne commet pas de délits pour le fait d'exercer la prostitution ou d'être homosexuel. Dans le cas de la prostitution, il ne s'agit pas en soi d'une maladie, ni d'un comportement pénalement sanctionné, et elle peut être considérée sous deux angles : premièrement, comme une décision de vie qui peut être encouragée pour diverses raisons telles que la pauvreté et son association intime avec le manque d'opportunités, et deuxièmement, comme un mode de vie imposé par la tromperie et la suppression de la volonté, typique des réseaux de prostitution, des cas dans lesquels la personne peut être considérée comme une victime, mais jamais comme une personne qui devrait être traitée différemment en raison de son statut de prostituée. Ce qui est considéré comme une maladie sociale, c'est le phénomène des réseaux de prostitution qui commercialisent des personnes à des fins sexuelles, d'exploitation sexuelle et d'esclavage, mais jamais la personne prostituée en tant que telle. Ces actes portent gravement atteinte à la dignité humaine et doivent donc être fermement sanctionnés. En ce qui concerne l'homosexualité, la norme en question la propose comme une maladie qui peut être habituelle et qui peut être déterminante pour la commission de crimes, auquel cas le juge pénal serait obligé d'imposer une mesure de sécurité à l'homosexuel, comme l'admission dans un hôpital psychiatrique, dans un établissement pour un traitement éducatif spécial, ou de subir un traitement psychiatrique, comme le prévoit le numéro 101 du Code pénal. À cet égard, il convient de noter que le paragraphe 101 susmentionné établit que les mesures de sécurité sont curatives, ce qui signifie que les personnes auxquelles une mesure de sécurité est imposée doivent être guéries avant d'être réincorporées dans la société. À cet égard, comme le souligne à juste titre le plaignant, la dixième édition de la classification internationale des maladies du 17 mai 1990, approuvée par l'Assemblée générale de l'Organisation mondiale de la santé, a éliminé l'homosexualité en tant que maladie ;

Cet aspect avait déjà été souligné dès 1973 par l'American Psychiatric Association. Dans le processus pénal costaricien, il n'y a pas de base légale pour différencier les prostituées et les homosexuels de ceux qui ne le sont pas. En ce qui concerne le droit à l'égalité et à la non-discrimination, il est nécessaire d'exprimer que sa compréhension doit être basée sur la reconnaissance et le respect des différences, en comprenant que celles-ci ne doivent pas être un motif de discrimination afin de parvenir à un traitement social défini par l'équivalence humaine. Ainsi, les approches juridiques doivent être imprégnées d'un schéma axiologique qui part de ce présupposé d'égalité, ce qui signifie précisément le respect de la diversité, qui est impératif dans les sociétés hétérogènes, où un traitement homogène peut conduire à la violation du principe d'égalité. Les articles 98 (6) et 102 (e) du code pénal contiennent des présupposés discriminatoires, en définissant la prostitution et l'homosexualité comme des conditions personnelles nécessitant un traitement différencié, sans aucune justification objective et raisonnable. En outre, ces normes ont une genèse idéologique basée sur l'imposition d'une thèse sociale hégémonique, comme l'idée fallacieuse de l'homogénéité humaine et la conception erronée de l'imposition de rôles sociaux dans lesquels les hommes et les femmes doivent remplir certaines fonctions déjà définies sur la base de

leur sexe biologique, C'est la base de l'imposition de modes de vie considérés comme normaux ou bons, en diabolisant tout ce qui échappe aux paramètres de la coexistence et du développement humains qui ont été normalisés dans le cadre du fait social, dans ce cas, en ce qui concerne l'identité et la liberté sexuelles. En d'autres termes, il s'agit d'une incitation au maintien de l'hégémonie du pouvoir étatique visant à exiger un changement des personnes afin qu'elles cessent d'être des prostituées et/ou des proxénètes, ou qu'elles orientent leurs préférences sexuelles vers ce qui est considéré comme normal et même naturel, comme le soulignent certains moralistes. Dans tous les cas, il s'agit d'un vestige contenu dans la norme qui va à l'encontre des principes d'égalité et de non-discrimination, mais qui affecte également le droit à l'autodétermination de sa vie sexuelle et à choisir la préférence sexuelle qui convient à chaque être humain.

Dans les votes 88-92 de la Chambre constitutionnelle, il est fait référence à la question de la liberté personnelle, avec une hypothèse différente, mais qui va dans le sens de l'idée qu'elle propose. Les normes contenues dans les articles en question visent précisément à imposer une mesure de sécurité à une certaine personne parce qu'elle est prostituée ou homosexuelle, et non pour ce qu'elle a fait, violant ainsi les principes susmentionnés de culpabilité, d'égalité, de non-discrimination et, bien sûr, de dignité humaine. Mais elle considère également qu'elle vise à soumettre une personne à un traitement psychiatrique ou curatif spécial, afin d'imposer un mode de vie conforme à l'idéologie sociale qui prédominait autrefois, ce qui viole le principe de liberté énoncé au paragraphe 28 de la Constitution politique, dans la mesure où les préférences sexuelles diverses et l'exercice volontaire de la prostitution par des personnes majeures (sans ignorer leurs appartements), constituent des actions privées qui s'inscrivent dans le principe de la liberté personnelle, et qui, en tant que conditions personnelles qu'elles sont, n'affectent nécessairement ni les tiers, ni la morale, ni l'ordre public, de telle sorte qu'elles nécessitent une intervention procédurale dans le cadre du droit pénal. Enfin, en vertu de l'application obligatoire de mesures de sécurité aux personnes qui se prostituent et aux homosexuels, leur éventuelle admission dans des centres de traitement psychiatrique ou d'éducation spéciale pourrait effectivement signifier une violation du chiffre 40 de la Constitution, en obligeant les personnes qui composent ces groupes humains à subir des traitements médicaux ou des processus éducatifs qui iraient à l'encontre de leur identité sexuelle ou de leurs décisions de vie, en les soumettant à des traitements ou à des processus qui pourraient aller à l'encontre de leur idéologie, de leur orientation sexuelle, de leur volonté, c'est-à-dire qui affecteraient la personne dans sa dignité même. Permettre cela signifie soumettre une personne homosexuelle à un traitement cruel et dégradant, en exigeant un changement de son identité sexuelle afin de se conformer à ce qui est socialement considéré comme correct, c'est-à-dire en l'obligeant à ne pas être ce qu'elle est. De même, dans le cas de la prostitution, on exigerait un changement dans sa décision de vie - quand elle est ce qu'elle est - en ignorant les conditions pour lesquelles la personne exerce la prostitution, ou en exigeant un changement dans sa vie pour que, une fois de plus, la personne s'adapte aux idées que l'État décide d'imposer. Sur la base de ce qui précède, l'Organe consultatif recommande de déclarer recevable le recours en inconstitutionnalité introduit contre les articles 98, paragraphe 6, et 102, point e), du code pénal, relatifs à l'homosexualité et à la prostitution, au motif qu'ils violent les principes de culpabilité, d'égalité, de non-discrimination et de liberté personnelle.

5 - L'audience prévue aux articles 10 et 85 de la loi sur la juridiction constitutionnelle est supprimée, en vertu du pouvoir conféré à la chambre au numéral 9 ibidem, en considérant que cette résolution est suffisamment fondée sur des principes et des normes évidents, ainsi que sur la jurisprudence de cette Cour.

6 - Les édits visés à l'article 81, deuxième alinéa, de la loi sur la juridiction constitutionnelle ont été publiés dans les numéros 69, 70 et 71 du Bulletin judiciaire, les 10 avril, 12 avril et 15 avril deux mille treize.

7.- Les prescriptions de la loi ont été respectées dans la procédure.

Le magistrat **Rueda Leal** a rédigé ; et,

Attendu que :

I.- Sur la qualité pour agir. La requérante a qualité pour introduire le présent recours directement, en sa qualité de médiateur des droits de l'homme.

En sa qualité de défenseur des habitants, conformément aux dispositions du paragraphe 3 de l'article 75 de la loi sur la juridiction constitutionnelle.

II - Objet de l'action. Le requérant demande la déclaration d'inconstitutionnalité des articles 98 (6) et 102 (e) du Code pénal, au motif qu'ils violent les numéros 28, 33, 39 et 40 de la Constitution politique ; 5 de la Convention ibéro-américaine sur les droits de l'enfant ; 2.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; 2.2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; l'article 1.1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme ; l'article 1.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; 2.2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; et l'article 1.1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme. L'article 1 de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, les articles 1.2 et 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et l'article 2 de la Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence à l'égard des femmes (Convention de Belem do Para), dans la mesure où ils prévoient l'homosexualité et la prostitution comme éléments de considération normative pour l'application obligatoire de mesures de sécurité. Les articles contestés prévoient :

"ARTICLE 98.

Le juge impose la mesure de sûreté correspondante :

... 6) Lorsque la prostitution, l'homosexualité, la toxicomanie ou l'alcoolisme sont habituels et ont déterminé le comportement criminel du délinquant..."

"ARTICLE 102 - Les mesures de sécurité sont appliquées de la manière suivante :

... e) L'interdiction de fréquenter certains lieux est une mesure préventive spéciale et sera imposée à une personne condamnée pour un crime commis sous l'influence de l'alcool ou de stupéfiants, de l'homosexualité ou de la prostitution".

Le requérant considère que la culpabilité est fondée sur la reconnaissance de la dignité humaine et de la liberté de décider de ses actes, qui peuvent faire l'objet d'un reproche pénal lorsqu'ils portent atteinte à des droits légaux d'importance pénale. Il n'est donc pas possible d'émettre un jugement de reproche pénal sur la base de l'état ou des caractéristiques personnelles du sujet actif, comme ce serait le cas pour son orientation sexuelle ou le fait qu'il se livre à la prostitution. Il souligne que l'application de mesures de sécurité en raison de l'homosexualité est une conséquence ou une réponse à une conception unique de la sexualité humaine, une idéologie sur la base de laquelle toute préférence sexuelle différente de la norme sociale est considérée comme anormale, dégénérée ou source de maladie, ce qui permet à l'État d'intervenir par le biais du droit pénal, en l'occurrence par

l'imposition obligatoire de mesures de sécurité ; des critères qui discriminent et criminalisent les groupes sociaux constitués de personnes ayant des préférences sexuelles différentes. En ce qui concerne l'imposition de mesures de sécurité sur la base de la prostitution, la plaignante part de la conception historico-sociale selon laquelle la prostitution ne concerne que les femmes et indique que cette perspective rend invisibles les raisons ou les causes pour lesquelles de nombreuses femmes ont opté pour la prostitution, telles que le manque d'égalité d'accès aux opportunités, la violence, la discrimination et la féminisation de la pauvreté, raison pour laquelle, dans le cadre de la répression de certaines activités liées à la prostitution, les femmes devraient avoir le statut de victimes. L'application de mesures de sécurité dans les cas de prostitution volontaire viole les droits fondamentaux à la liberté et à l'autodétermination des personnes. Conformément à la loi contestée, il convient de procéder à une analyse préliminaire de certaines questions particulières liées à la loi contestée et aux précédents que cette Cour a émis à cet égard. »

III - Sur les mesures de sûreté prévues par notre Code pénal. Comme la Chambre l'a rappelé dans ses précédents (voir les arrêts n° 1993-2586, 1992-88 et 1992-1438), les mesures de sûreté sont des moyens préventifs spéciaux, privatifs ou limitatifs du patrimoine légal, imposés par les autorités judiciaires aux personnes que notre système juridique pénal qualifie d'"incontestables", dans le but de les "réadapter" à la vie sociale, soit par des mesures éducatives, soit par des mesures correctives ou curatives. Il s'agit de mesures d'internement dans des hôpitaux ou des centres techniques spécialisés dans la prise en charge des handicapés mentaux, dans le but d'obtenir des effets curatifs et de surveillance, comme le stipule l'article 101 du code pénal. Les mesures curatives envisagées sont les suivantes : 1- l'admission dans un hôpital psychiatrique ; 2- l'admission dans un établissement de traitement et d'éducation spécialisés.

L'objectif est de séparer la personne "irresponsable" de la société, en tant que mesure préventive pour la protection de la société et en tant que mesure "curative" pour la personne irresponsable. C'est pourquoi il a été ordonné que la personne handicapée mentale soit placée dans une institution psychiatrique, car il est considéré comme nécessaire et préférable de traiter la personne handicapée mentale avec une mesure adaptée à sa personnalité. La doctrine a établi l'existence de trois types de mesures de sécurité : les mesures dites "pré-pénales", qui sont appliquées aux personnes qui n'ont pas commis de délit, afin de les empêcher de le commettre ; les mesures destinées aux personnes qui ne sont pas susceptibles d'être poursuivies ; et les "mesures post-pénales", qui sont celles qui sont associées à des peines et imposées à des récidivistes ou à des professionnels, et qui sont donc en fait des peines aggravées ou des formes d'aggravation de ces dernières.

Comme la Chambre l'a souligné à cette occasion, **les seules mesures possibles dans notre pays sont celles fondées sur l'incapacité mentale, étant donné que les premières n'existent pas dans notre système juridique pénal** et que les secondes, en vertu des arrêts de cette Cour n° 1992-88 du 17 janvier 1992 à 11 heures et n° 1992-1438 du 2 juin 1992 à 15 heures, ont été déclarées inconstitutionnelles et, par conséquent, ne sont pas applicables dans notre pays. Elle a également rappelé, dans la sentence n° 1995-167 du 10 janvier 1995 à 15 h 69, que dans le cas de l'imposition d'une mesure de sûreté à une personne incontestable, celle-ci ne se fonde pas sur la détermination de la responsabilité pénale du sujet après avoir prouvé sa culpabilité, raison pour laquelle cette étude mérite également une révision du principe de culpabilité établi à l'article 39 de la Constitution politique.

IV - Sur le principe de culpabilité. L'article 39 de notre Constitution dispose que " nul ne peut être puni que pour un crime, un délit ou une contravention punis par la loi et en vertu d'un jugement

définitif rendu par une autorité compétente, après que le prévenu a été mis à même de présenter sa défense et les preuves nécessaires de sa culpabilité... ". La Constitution a ainsi opté pour un droit pénal de la culpabilité, où la sanction doit nécessairement être limitée, entre autres circonstances, par le degré de culpabilité avec lequel le sujet actif a agi. Cela implique que l'on est responsable de ce que l'on a fait (de l'action) et non de ce que l'on est, car punir la personne pour ce qu'elle est et non pour ce qu'elle a fait violerait le principe fondamental de garantie que doit avoir le droit pénal dans une démocratie. Ignorer le droit de chaque être humain de choisir sa manière d'être - sous réserve des conséquences juridiques, bien sûr - et des autres qui ne peuvent pas choisir d'être comme ils sont, a dit cette Cour, revient à ignorer la réalité sociale et humaine et les principes de base de la liberté. Ainsi, la peine doit être une conséquence de l'acte commis et être directement liée à celui-ci pour établir le montant de la peine à purger, la culpabilité fonctionnant dans ce cas comme un facteur conditionnant la peine, mais la rendant en même temps proportionnelle à l'acte commis, au préjudice causé au bien juridique par l'action attribuée au sujet actif de l'infraction. La Chambre a noté dans l'arrêt n° 1992-088 que notre Code pénal, en ce qui concerne la fixation de la peine, semble suivre les principes d'un droit pénal de l'auteur (responsabilité de ce que l'on est), tel qu'énoncé à l'article 71, qui stipule : "Le juge, par une sentence motivée, fixe la durée de la peine à infliger... en tenant compte de la gravité de l'acte et de la personnalité de l'auteur. Pour ce faire, le juge doit tenir compte des conditions personnelles de l'auteur et du comportement postérieur au crime et demander à l'Institut national de criminologie les caractéristiques psychologiques, psychiatriques et sociales du délinquant, ainsi que des références à l'éducation et au milieu, sans tenir pleinement compte de la fonction limitative que, par rapport à cette fin, la culpabilité doit remplir. Toutefois, cette Cour a également souligné que cette disposition n'était pas inconstitutionnelle, dans la mesure où le droit pénal de la culpabilité n'exclut pas la prise en compte de la situation personnelle de l'auteur de l'infraction lors de la fixation de la peine à abattre. En réalité, le Constituant n'a pas opté pour un droit pénal de la culpabilité pur, puisque des dispositions de l'article 39 précité, on peut également conclure que du point de vue constitutionnel, la culpabilité ne devrait être exigée que lors du jugement de reproche pour déterminer si l'on est pénalement responsable d'un acte commis :

"... L'erreur conceptuelle qu'aurait commise en l'espèce le législateur, en confondant culpabilité et responsabilité et en réduisant ainsi le cadre de l'exigence de culpabilité - ce qui ne permet pas de conclure à l'inconstitutionnalité de l'exigence de prendre en considération le degré plus ou moins élevé de culpabilité dans l'action pour déterminer la peine à écarter - est excusable si l'on considère que des auteurs de grande renommée dans le domaine pénal sont également tombés dans cette confusion. Toutefois, si cette thèse était acceptée, elle conduirait à un résultat différent de celui indiqué dans le considérant précédent par rapport au problème posé, puisque le cadre constitutionnel n'exigerait alors que la démonstration de la culpabilité pour imposer une sanction pénale, mais le montant de cette sanction pourrait ne pas être lié au degré de culpabilité avec lequel on a agi. Le principe serait : on est responsable parce qu'on est coupable, mais la réaction pénale n'est pas limitée par le degré de culpabilité avec lequel on a agi dans l'acte attribué. Si cette conclusion est valable, les peines et les mesures pourraient coexister sans porter atteinte aux dispositions de l'article 39 de la Constitution, étant donné que ce dernier n'exigerait pas la proportionnalité entre le montant de la peine et le degré de culpabilité, mais ce dernier - la culpabilité - perdrait un large cadre d'influence et sa fonction protectrice, étant donné qu'il ne serait pris en considération que pour établir la responsabilité du sujet dans les actes qui lui sont imputés, et non par rapport à la réponse pénale correspondant à l'action qui lui a été attribuée. Ce critère, très en vogue en Amérique latine, n'a pas été pleinement mis en pratique, tout d'abord parce que la procédure pénale dans notre pays, en particulier au Costa Rica, n'est pas conçue pour porter un

jugement sur la personnalité de l'auteur, et que les critères appliqués par les juges à cet égard sont empiriques, subjectifs et, pour cette raison, dangereux en eux-mêmes. Il n'est pas rare de trouver dans les déclarations de nos tribunaux, au moment de fonder la sentence, qu'ils le font en indiquant qu'ils prennent en considération les critères sur la personnalité du condamné qu'ils ont formés à l'audience, critères qui, comme on l'a déjà dit, sont pauvres, empiriques et peut-être inadaptés à la réalité, étant donné que le comportement propre du sujet ne peut jamais être celui qu'il représente dans une audience judiciaire, laquelle, par sa forme même, conduit à imposer des comportements qui empêchent le comportement propre du sujet de se manifester librement, spontanément et pleinement. Il n'est pas non plus étrange qu'au moment de justifier le montant de la peine à imposer, les juges déclarent le faire en tenant compte des circonstances de manière, de temps et de lieu dans lesquelles l'acte a été commis, sans clarifier le contenu donné à chacun de ces concepts pour le cas concret. Ces deux exemples montrent clairement pourquoi on considère que notre procédure n'est pas conçue pour faire une étude fiable de la personnalité de l'auteur et de la mesure dans laquelle elle a influencé la commission de l'acte...".

Or, le critère de l'imputabilité ou de l'incontestabilité du sujet qui commet un comportement qualifié de criminel détermine l'opportunité d'une mesure de sûreté. Dans l'arrêt n° 1998-1588 du 10 mars 1998 à 16 h 27, la Chambre, se référant précisément à l'article 98 contesté en l'espèce, mais à propos d'une autre sous-section mise en cause, a déclaré à cette occasion que :

" Dans cet ordre d'idées, les articles 24 dernière phrase, 98 alinéa 5) et 102 alinéa b) du Code pénal sont inconstitutionnels en ce qu'ils prévoient l'imposition d'une mesure de sûreté à un sujet imputable, qui doit se voir reprocher le comportement en fonction de sa culpabilité dans l'acte. Les mesures de sûreté ne sont pas destinées à traiter le délinquant comme une rétribution en fonction de la gravité et de la culpabilité de son acte, mais plutôt en fonction de la dangerosité sociale qu'il représente. L'apparition et la raison d'être des mesures de sûreté prévues pour les délinquants se fondent sur le concept de dangerosité, conformément à une loi pénale de l'auteur, et leur but est d'empêcher la commission de crimes. Elles ne reposent pas sur un critère de culpabilité de l'acte, mais sur la classification d'une personne comme "dangereuse", avec la probabilité de commettre un crime à l'avenir. Historiquement, la plus grande impulsion donnée aux mesures de sécurité a été donnée par l'école positive ou anthropologique de droit pénal, qui a remplacé la responsabilité par la dangerosité et a considéré le crime comme un symptôme de pathologie psycho-somatique qui, en tant que tel, doit être traité et prévenu, plutôt que réprimé, par des mesures pédagogiques et thérapeutiques visant à en neutraliser l'étiologie. C'est cette doctrine qui est à la base de la punissabilité de la tentative infidèle, puisqu'on considère que, bien que la personne n'ait pas eu un comportement adéquat pour produire le résultat, il y a eu une intention de commettre le crime, avec laquelle le sujet devient "dangereux" pour le système juridique ; ce qui est clairement inapproprié pour un système pénal qui prétend être respectueux des garanties et des droits fondamentaux des personnes".

D'où l'importance de déterminer également les biens juridiques à protéger par le droit pénal, et bien que l'individualisation de ceux-ci soit une décision de politique criminelle, dans un système démocratique tel que celui consacré par notre Constitution, les intrusions du droit pénal doivent être strictement nécessaires et, surtout, respecter le principe de proportionnalité. De même, et en ce qui concerne la présente étude, il est clair que l'application d'une mesure de sûreté, du moins dans notre système juridique, n'est applicable qu'à ceux qui ne sont pas susceptibles d'être poursuivis.

V.- Les règles contestées. Les articles en question prévoient l'obligation pour le juge pénal saisi d'un procès d'imposer une mesure de sûreté lorsqu'il estime que la condition d'homosexualité ou de prostitution de la personne poursuivie a déterminé le comportement délictueux (article 98, paragraphe 6). Cette mesure, comme l'indique l'article 102 (e), consiste en une interdiction de fréquenter certains lieux. En suivant un raisonnement logique à partir des considérants précédents, on peut conclure que le législateur a considéré à l'époque que l'homosexualité et la prostitution sont des états qui représentent, d'une part, un état incontestable et, d'autre part, un type de maladie ou de pathologie qui, selon lui, méritait l'intervention de l'État pour l'éradiquer en tant que danger social. Cela nous amène à délimiter ce que sont ces qualifications réprimées par le législateur.

VI.- D'un point de vue psychosocial, l'homosexualité peut être conçue comme l'orientation des sens ou de l'activité sexuelle vers le même sexe, raison pour laquelle elle a été traitée selon des approches très diverses, étant même considérée comme une maladie, pour laquelle, au fil du temps, des traitements psychiatriques ont même été mis en œuvre dans l'intention de l'éradiquer. Aujourd'hui, différentes approches et des études récentes l'excluent en tant que pathologie ; cependant, ce contexte est pertinent pour comprendre le phénomène social qui a pu donner lieu au traitement qu'à un certain moment, le législateur a considéré que l'homosexualité devait être traitée dans notre pays.

Le fait est que le 17 mai 1990, l'Assemblée générale de l'Organisation mondiale de la santé a retiré de la classification internationale des maladies l'homosexualité, qui était auparavant considérée comme une maladie mentale. Il a été reconnu que l'orientation sexuelle n'est pas choisie et qu'il n'existe pas de mécanisme scientifique reconnu pour promouvoir la préférence homosexuelle. Dans l'arrêt n° 2013-3090 du 6 mars 2013 à 16 h 10, cette Cour a mis en évidence que :

" L'OMS et l'OPS ont souligné que l'homosexualisme n'est pas une maladie ou une pathologie, mais une préférence sexuelle des individus, une manifestation de leur diversité sexuelle ". En effet, le 17 mai 1992, l'Assemblée mondiale de la santé de l'Organisation mondiale de la santé a retiré l'homosexualité de la liste des troubles mentaux lorsqu'elle a approuvé la dixième version de la Classification statistique internationale des maladies (CIM). De même, l'OPS a récemment averti que les services dits de "guérison" pour les personnes homosexuelles n'ont pas de justification médicale et représentent plutôt une menace sérieuse pour la santé et le bien-être des individus, ajoutant que l'homosexualité n'est pas un trouble, une maladie ou une pathologie et ne nécessite donc pas de guérison (voir le communiqué de presse de l'OPS/OMS, Washington, D.C., 17 mai 2012, http://new.paho.org/chi/index.php?option=com_content&view=article&id=436&Itemid=215).

Dans le même ordre d'idées, le directeur de l'OPS a noté que : "Puisque l'homosexualité n'est pas un trouble ou une maladie, elle ne nécessite pas de traitement. Par conséquent, il n'y a pas d'indication médicale pour un changement d'orientation sexuelle". Selon les critères techniques de l'OPS, il existe un consensus professionnel sur le fait que l'homosexualité est une variation naturelle de la sexualité humaine et ne peut être considérée comme un état pathologique.

Pour sa part, l'Ordre des médecins et chirurgiens du Costa Rica a déclaré officiellement que "personne n'a dit que ce congrès ne devait pas avoir lieu ; ce qui a été dit et maintenu, c'est que s'il contient des documents qui incitent à la discrimination, portent atteinte aux droits de l'homme et à la haine envers une minorité, il ne devrait pas avoir le soutien de l'État, qui est le garant des droits de l'homme des Costaricains". De même, l'Association costaricienne de psychiatrie (Asocopsi) a précisé au public que l'homosexualité n'est pas une maladie et qu'elle ne peut donc pas être guérie ;

en outre, "pendant 37 ans, l'homosexualité n'a pas été considérée comme un trouble psychiatrique et l'Organisation des Nations Unies (ONU) l'a éliminée comme trouble mental le 17 mai 1990, considérant, selon des critères scientifiques, qu'elle ne correspond pas à une pathologie, mais qu'elle fait partie de la diversité de l'être humain".

Précisément, et en ce qui concerne les prétendues techniques de guérison qui ont été mises en œuvre par certains États pour les personnes ayant une orientation homosexuelle, il est pertinent de citer ce que le communiqué de presse de l'Organisation panaméricaine de la santé, mentionné dans la citation précédente, a souligné le 17 mai 2012 :

"Les prétendus services de "guérison" pour les personnes ayant une orientation sexuelle non hétérosexuelle manquent de justification médicale et représentent une menace sérieuse pour la santé et le bien-être des personnes concernées....".

Le document appelle les gouvernements, les institutions académiques, les associations professionnelles et les médias à dénoncer ces pratiques et à promouvoir le respect de la diversité. Le 17 mai, il y a 22 ans, l'Assemblée mondiale de la santé de l'Organisation mondiale de la santé a retiré l'homosexualité de la liste des troubles mentaux lorsqu'elle a approuvé une nouvelle version de la Classification statistique internationale des maladies (CIM).

"L'homosexualité n'étant pas un trouble ou une maladie, elle ne nécessite pas de traitement. Par conséquent, il n'y a pas d'indication médicale pour un changement d'orientation sexuelle", a noté le Dr Mirta Roses Periago, directrice de l'OPS. Elle a ajouté que les pratiques connues sous le nom de "thérapies réparatrices" ou de "thérapies de reconversion" représentent "une menace sérieuse pour la santé et le bien-être, y compris la vie, des personnes concernées".

Le document technique de l'OPS note qu'il existe un consensus professionnel sur le fait que l'homosexualité est une variation naturelle de la sexualité humaine et ne peut être considérée comme un état pathologique. Toutefois, plusieurs organes des Nations unies ont constaté qu'il existe encore des "cliniques" ou des "thérapeutes" qui proposent des traitements prétendant modifier l'orientation sexuelle de personnes non hétérosexuelles.

Cette position technique note qu'il n'existe pas d'étude scientifique rigoureuse démontrant l'efficacité des efforts visant à modifier l'orientation sexuelle. En même temps, elle note qu'il existe de nombreux témoignages sur les graves dommages que ces "services" peuvent causer à la santé mentale et physique. La répression de l'orientation sexuelle a été associée à des sentiments de culpabilité et de honte, à la dépression, à l'anxiété et même au suicide.

En outre, il a été rapporté que les traitements dégradants, le harcèlement sexuel et la violence physique sont souvent ou peuvent être des éléments de ces soi-disant "thérapies". Il est "encore plus inquiétant", selon le document, que les prétendus services de "reconversion sexuelle" soient souvent fournis dans la clandestinité. Il a également été rapporté que des adolescents ont été soumis à des interventions "réparatrices" involontaires et que, dans certains cas, ils ont même été privés de leur liberté et détenus au secret pendant plusieurs mois, indique la position technique.

"Ces pratiques sont injustifiables et devraient être dénoncées et faire l'objet de sanctions et de pénalités dans le cadre de la législation nationale", a observé le Dr Roses. Les "thérapies de reconversion" constituent une violation des principes éthiques des soins de santé et portent atteinte aux droits de l'homme des personnes concernées, protégés par les réglementations internationales et régionales", a-t-elle souligné.

Pour relever ce défi, le document de l'OPS présente une série de recommandations à l'intention de différents secteurs, notamment les gouvernements, les institutions universitaires, les associations professionnelles, les médias et la société civile. Ces recommandations sont notamment les suivantes

-Que les thérapies de "reconversion" ou "réparatrices" et les cliniques qui les proposent soient dénoncées et que des sanctions appropriées soient appliquées.

Que les institutions publiques responsables de la formation des professionnels de la santé incluent dans leurs programmes des cours sur la sexualité humaine et la santé sexuelle, en mettant l'accent sur le respect de la diversité et l'élimination des attitudes de pathologisation, de rejet et de haine à l'égard des personnes non hétérosexuelles.

Aux groupes professionnels de diffuser auprès de leurs membres les documents et résolutions des institutions et agences nationales et internationales appelant à la dépathologisation de la diversité sexuelle et à la prévention de l'utilisation d'interventions visant à modifier l'orientation sexuelle.

-Au niveau des médias, l'homophobie, dans toutes ses manifestations et exprimée par toute personne, doit être dénoncée comme un problème de santé publique, une violation de la dignité et des droits de l'homme.

Au niveau des organisations de la société civile, elles peuvent développer des mécanismes de vigilance citoyenne pour reconnaître les violations des droits de l'homme des personnes non hétérosexuelles et les dénoncer aux autorités compétentes".

La ministre de la santé elle-même, dans son article "La santé et le congrès de bioéthique", approuve pleinement les critères susmentionnés de l'OMS et de l'OPS et déclare littéralement :

"Il est recommandé aux groupes professionnels de diffuser à leurs membres les documents et résolutions des institutions et agences nationales et internationales appelant à dépsychopathologiser la diversité sexuelle et à empêcher l'utilisation d'interventions visant à modifier l'orientation sexuelle.

"Il est recommandé aux groupes professionnels d'adopter des positions claires et définies sur la protection de la dignité des personnes et de définir les actions nécessaires pour prévenir et contrôler l'homophobie en tant que problème de santé publique, qui a des effets néfastes sur la jouissance des droits civils, politiques, économiques, sociaux et culturels.

Compte tenu de ce qui précède, nous souhaitons préciser au public que ce ministère n'approuve aucune thérapie ni aucun traitement visant à guérir quelque chose qui n'est pas une maladie et qu'il attire plutôt l'attention sur les risques encourus". (<http://www.nacion.com/2013-03-04/Opinion/Salud-y-el-Congreso-de-Bioetica.aspx>).

Sur la base de ce qui précède, du point de vue du droit international des droits de l'homme, il est tout à fait inapproprié que notre système juridique pénal autorise l'imposition d'une mesure de sécurité à une personne pour la seule raison qu'elle est homosexuelle, étant donné qu'à la lumière des critères majoritaires de la doctrine spécialisée, l'homosexualité n'est pas une maladie. Dans ce cadre, dans l'arrêt n° 2007-7128, cette chambre a souligné que la protection du droit à l'identité sexuelle de la personne repose sur les bases constitutionnelles suivantes : a) le droit au libre développement de la personnalité ; b) le droit à la protection de la santé en tant que droit de toute personne à son bien-être général et psychosocial en particulier ; c) le droit à la vie privée et à l'image de soi ainsi qu'à la dignité personnelle ; et d) le droit à l'intégrité psychophysique. Selon

cette perspective, il existe une obligation, même de la part des autorités publiques, de protéger la dignité de la personne et son droit à la personnalité et, à ce titre, il est possible de construire juridiquement le droit à l'"identité sexuelle" :

"De l'avis de la Chambre et compte tenu du cas d'espèce, le droit à l'identité sexuelle revêt l'importance nécessaire et doit être considéré comme un droit inhérent à la personne, mais aussi au droit à la santé, dans la mesure où sa reconnaissance peut impliquer un ajustement du psychisme de la personne concernée avec son corps, une adaptation de ce qu'elle est à ce qu'elle pense devoir être, et ainsi préserver et garantir son droit à la santé d'un point de vue émotionnel et psychique. Le sexe est une réalité multiple composée de plusieurs facteurs : la composante génétique ou chromosomique (XX pour les femmes, XY pour les hommes) ; la composante morphologique (les organes génitaux que le garçon et la fille présentent à la naissance) ; et enfin la composante psychosociale (le genre : masculin ou féminin). Elle constitue une qualité qui identifie la personne et sert, en même temps, à la différencier des autres, c'est une des données qui font partie de l'état civil, elle n'est pas immuable, de sorte que la loi doit prévoir, par des dispositions, les cas où certains individus n'ont pas suivi la ligne prévue dans l'évolution de leur identité sexuelle et que, bien qu'ayant un sexe, ils veulent appartenir à l'autre et pour cela ils demandent l'adaptation de leur corps à ce qu'ils ressentent dans leur psychisme, comme le fait l'appelant dans ce cas particulier. Aujourd'hui, on peut dire que la considération traditionnelle selon laquelle le sexe n'est déterminé que par le critère monolithique de la formule chromosomique XX pour les femmes et XY pour les hommes (qui peut également être irrégulière) et par la conformation anatomique de la personne à la naissance a été dépassée, car on comprend que le sexe est le résultat final d'une juxtaposition, normalement parfaite, entre ses éléments dits objectifs ou biologiques (sexe génétique ou chromosomique, chromosomique, gonadique, chromatine, gonadique, chromosomique, gonadique, chromatine, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique, gonadique et gonadique), chromatinique, gonadique, germinal, hormonal, cérébral et morphologique ou somatique) et les éléments subjectifs (sexe psychologique et sociologique) qui constituent ce que l'on appelle l'identité sexuelle de la personne ou le sentiment intime et social d'appartenir à l'un des deux sexes, de sorte que, après avoir dépassé cette conception traditionnelle, on admet désormais la possibilité que l'élément subjectif psychologique permette également de déterminer le sexe d'une personne. (Arrêt n° 2007-7128 réitéré dans 2009-16877 du 4 novembre 2009 à 13 h 56).

Ainsi, l'opinion scientifique majoritaire a non seulement exclu l'homosexualité en tant que maladie, mais, par le biais d'instruments internationaux tels que ceux cités, a promu le droit à l'orientation sexuelle en tant qu'élément du développement de la personnalité, de l'identité et de la dignité, et a appelé les États à éradiquer toute forme ou pratique produisant une discrimination à cet égard. C'est une tâche à laquelle cette Cour s'est également consacrée dans sa jurisprudence :

"IV - Sur la discrimination sexuelle. Tout au long de sa ligne jurisprudentielle, cette Cour a reconnu comme un principe juridique fondamental contenu dans la Constitution politique du Costa Rica le respect de la dignité de tout être humain et, par conséquent, l'interdiction absolue de tout type de discrimination contraire à cette dignité. Discriminer, en termes généraux, c'est différencier au détriment des droits et de la dignité d'un être humain ou d'un groupe d'êtres humains, en l'occurrence les homosexuels. Sur la base de ce qui précède, on peut valablement affirmer que la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle est contraire au concept de dignité dûment inscrit dans la Constitution politique et dans les traités internationaux sur les droits de l'homme signés par notre pays. Par exemple, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques

interdit toute discrimination fondée sur "la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation" ; il en découle également que les actes qui violent le droit à l'égalité et à la dignité humaine des personnes en raison de leur orientation sexuelle ne sont pas autorisés, puisque celles-ci ont le droit d'accéder à tout établissement commercial et de bénéficier d'un traitement égal, sans discrimination fondée sur leur préférence sexuelle". (Arrêt n° 2008-15249 du 10 octobre 2008 à 13 h 53).

"VII - NATURE DES DROITS DES MINORITÉS ET DES GROUPES DÉFAVORISÉS. Les droits de l'homme, fondamentaux et légaux des groupes minoritaires ou défavorisés, parce qu'ils ont traditionnellement souffert de discrimination, de marginalisation, d'exclusion et de toutes sortes de préjugés sociaux - comme c'est le cas des homosexuels - naissent de mouvements de revendication de ces droits, généralement contre la majorité, étant donné l'insistance et la tendance naturelle des majorités à maintenir et à perpétuer toute discrimination et tout traitement asymétrique. Les pouvoirs publics, pour leur part, sont tenus par la Constitution et les instruments du droit international des droits de l'homme de garantir et de promouvoir le respect effectif du principe et du droit à l'égalité - réelle et non formelle - de ces groupes (articles 33 de la Constitution et 24 de la Convention américaine des droits de l'homme ou Pacte de San José). Les situations de discrimination peuvent être factuelles ou juridiques ; elles seront du premier type lorsque, compte tenu de l'existence d'un groupe minoritaire défavorisé et discriminé, aucune mesure n'est adoptée pour remédier à cet état de fait". (Arrêt n° 2010-13313 du 10 août 2010 à 16 h 31).

Ce travail a été entrepris non seulement dans notre pays, mais aussi dans de nombreuses parties du monde, encouragé précisément par des instruments internationaux sur les droits de l'homme tels que la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme (art. 2), la Convention américaine des droits de l'homme (art. 1), la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 2), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2), la Déclaration des Nations unies sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, les recommandations du Conseil de l'Europe du 31 mars 2010, la Déclaration universelle des droits sexuels et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée à Nice le 7 décembre 2000, entre autres. Les principes et les droits promus dans ces instruments ont été mis en œuvre au niveau national par plusieurs pays, et le Costa Rica n'a pas fait exception à la règle. L'article 33 de notre Constitution stipule que tous sont égaux devant la loi et qu'aucune discrimination contraire à la dignité humaine ne peut être pratiquée, ce qui inclut évidemment la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (une question expressément incluse dans le paragraphe 4.h de la loi générale sur les jeunes).

Or, en l'espèce, les articles 98 et 102, paragraphe 6, du code pénal en question imposent au juge pénal le devoir d'appliquer une mesure de sûreté à une personne, au seul motif qu'elle est homosexuelle, lorsqu'il estime que c'est la raison du comportement délictueux ; cette mesure consiste à interdire à la personne de fréquenter certains lieux. À la lumière de ce qui précède, ces dispositions sont inconstitutionnelles non seulement parce qu'elles autorisent l'imposition d'une mesure de sûreté à une personne dont l'homosexualité ne la rend pas irréprochable, mais aussi parce que la seule considération que son orientation sexuelle la soumet à cette mesure est discriminatoire et porte atteinte à sa dignité. Comme il a été démontré, les mesures de sécurité dans notre pays ont une finalité "réhabilitative" et celle-ci n'est justifiée que face à une pathologie qui nécessite une intervention de l'Etat pour y remédier :

"iii.- Enfin, la Cour estime nécessaire de souligner que s'il est vrai que dans le cas particulier consulté, le jugement de culpabilité est écarté puisqu'aucune sanction n'est appliquée à la personne incontestable, son état d'incontestabilité doit nécessairement être techniquement accrédité, de même que doit être établie la nécessité de la mesure de sûreté qui est finalement imposée conformément au numéral 101 du Code pénal. En effet, comme l'indique le considérant VII de l'arrêt n° 2586 précité de cette Chambre, une mesure de sûreté ne doit pas être imposée à toutes les personnes qui n'ont pas de comptes à rendre, mais seulement à celles pour lesquelles il apparaît nécessaire, compte tenu de leurs conditions personnelles, de parvenir à une amélioration de leur état mental anormal". (Arrêt n° 1995-167, quinze heures et trente-neuf minutes, le dix janvier 1995).

Selon l'opinion technique majoritaire, l'homosexualité n'est pas une pathologie, mais une manifestation du droit d'une personne à l'identité sexuelle, à la personnalité et à la vie privée. D'autre part, dans notre pays, le critère de culpabilité protégé par l'article 39 de la Constitution politique vise à garantir qu'une personne soit punie pour ce qu'elle a fait et non pour ce qu'elle est. L'orientation sexuelle d'une personne ne peut même pas être évaluée pour établir la condition d'irréfutabilité ou d'imputabilité, puisqu'il s'agit d'une manifestation des droits de la personnalité de l'individu, exclue de l'ingérence de l'État. Il est donc totalement inacceptable de restreindre un droit fondamental, tel que la liberté de circuler partout dans le pays, comme l'impose l'article 102 contesté. La mesure de sécurité contestée dans les deux dispositions est indubitablement fondée sur des critères discriminatoires, basés uniquement sur l'orientation sexuelle de la personne, qui résulte d'une décision et d'une action privées qui s'inscrivent dans le cadre du droit au libre développement de la personnalité, en tant que condition personnelle et à laquelle tout être humain a droit. Par conséquent, l'action d'inconstitutionnalité doit être maintenue dans ce sens.

VII.- En ce qui concerne la prostitution, elle constitue un phénomène social, dont les origines et la conception ont également subi diverses modifications en fonction de l'évolution culturelle des différents pays. Elle peut être définie comme le comportement de toute femme ou de tout homme qui a des rapports sexuels avec un partenaire masculin ou féminin, dans le choix duquel le facteur émotionnel ou affectif est exclu, puisque la rétribution monétaire est le but de ce comportement. Il s'agit d'un phénomène qui englobe des activités exercées par des hommes, des femmes et d'autres tendances de genre, de sorte qu'il est incorrect de l'associer uniquement aux femmes, comme c'est malheureusement la tradition. Il est également indéniable qu'il s'agit d'un phénomène social qui a évolué entre la réprobation morale, la réglementation à des fins sanitaires et même, à certains moments de l'histoire du pays, une certaine acceptation de sa pratique, ainsi que des sanctions, comme dans le cas des règles contestées. Cette circonstance explique que la législation pénale contienne des circonstances incriminantes, aggravantes ou déterminantes pour certaines mesures, simplement parce que la personne accusée se livre à la prostitution.

Les règles dont la constitutionnalité est contestée dans le présent recours établissent l'obligation pour le juge d'appliquer une mesure de sécurité lorsque, dans l'activité criminelle spécifique, il a été déterminant que l'accusé se livre habituellement à la prostitution - article 98.6 du code pénal -, établissant que la mesure à appliquer est celle d'interdire la fréquentation de certains lieux lorsque le crime a été commis "sous l'influence (...) [de la] prostitution" (sic) - article 102.e du code pénal. Comme indiqué au considérant III du présent arrêt, les mesures de sûreté sont des moyens préventifs spéciaux, privatifs ou limitatifs du patrimoine légal, imposés par les autorités judiciaires aux personnes que notre système juridique pénal qualifie d'"incontestables", dans le but de les "réadapter" à la vie sociale, que ce soit par des mesures éducatives, correctives ou curatives. Il a également été mentionné que les seules mesures possibles dans notre environnement sont celles

fondées sur l'incapacité psychologique de la personne faisant l'objet d'une procédure pénale. Ainsi, la lecture des règlements attaqués permet de conclure que pour le législateur qui a édicté le Code pénal et rendu obligatoire l'imposition de ces mesures de sécurité, la prostitution est exercée par des personnes qu'il estime incontestables, c'est-à-dire que les personnes qui exercent la prostitution n'ont pas une certaine capacité juridique à reconnaître la transcendance de leurs actes. Cette appréciation amène même le législateur à conclure que ceux qui se livrent à la prostitution le font parce qu'ils n'ont pas la capacité juridique d'agir qui les rendrait imputables au regard du droit pénal. Cependant, il faut tenir compte du fait que la condition d'imputabilité ou d'irresponsabilité est loin d'être une situation que l'on peut attribuer a priori à un secteur de la population, et encore moins à un groupe de population (même s'il présente un certain risque social), puisque l'irresponsabilité doit être établie en fonction des conditions et des caractéristiques particulières de la personne faisant l'objet d'une procédure pénale, après vérification scientifique de son état, du degré de compréhension de la nature de ses actes et de la compréhension de son engagement social. La condition d'irresponsabilité doit être déclarée par les autorités compétentes à la suite d'études spécifiques qui confirment l'existence des conditions qui déterminent l'impossibilité de soumettre une personne à des poursuites pénales, et non un groupe en général. Ainsi, définir que les personnes qui exercent la prostitution doivent faire l'objet d'une mesure de sûreté est contraire à tous les critères de raisonnable, d'équité et de justice, car cela leur attribue une condition d'irresponsabilité uniquement pour l'appartenance à un certain groupe social ou pour l'exercice d'une certaine activité, et, pire encore, d'une manière a priori et scientifiquement non vérifiée. Cette première approche montre que les règles contestées reposent sur des appréciations morales en contradiction avec la doctrine pénale en ce qui concerne les critères d'imputabilité et d'irresponsabilité, puisqu'elle attribue cette condition à un conglomérat social de manière uniforme et avant l'accréditation particulière de la condition d'irresponsabilité dans le cadre d'une procédure pénale. Cela va à l'encontre des principes de raison, d'équité et de justice, puisque le simple fait d'exercer une activité déterminée signifie que le droit pénal considère déjà que quelqu'un n'a pas de comptes à rendre et qu'il mérite une mesure de sûreté.

Au-delà de la condition d'imputabilité ou d'incontestabilité, ce qui est certain c'est que dans la pratique ces mesures de sécurité sont loin d'être appliquées en l'absence de la sanction pénale ; en d'autres termes, ce n'est pas que les mesures soient appliquées en l'absence de la sanction, mais de manière complémentaire à la sanction. Au contraire, les règles en question font référence à cette condition d'appartenance au groupe social qui se livre à la prostitution comme un facteur aggravant de l'état de la personne soumise à la procédure pénale et condamnée, en appliquant presque un critère de dangerosité, de sorte que, en plus de la sanction imposée, l'application - obligatoire - de la mesure de sécurité pertinente est également déterminée. Ainsi, bien que les mesures de sûreté soient conçues et établies pour des personnes incontestables - ce qui amènerait le législateur à considérer comme incontestables les personnes qui exercent la prostitution - la vérité est que, dans la pratique, ce critère d'incontestabilité ne fonctionne pas en tant que tel. Certes, les personnes qui se livrent habituellement à la prostitution - comme toute autre personne qui ne se livre pas à la prostitution - peuvent valablement faire l'objet d'une procédure pénale visant à déterminer leur participation à une infraction pénale, et si elles sont jugées responsables, cela constitue la base de l'application non seulement d'une sanction pénale, mais aussi, et nécessairement, d'une mesure de sûreté. En d'autres termes, une mesure de sûreté est appliquée en plus de la peine imposée, une situation qui, conformément aux précédents de la Chambre déjà indiqués au considérant III du présent arrêt, est inappropriée et inconstitutionnelle, puisqu'il est clair que l'application d'une mesure en plus d'une peine n'est pas appropriée. En ce sens, les normes contestées sont également inconstitutionnelles parce qu'elles entraînent l'imposition obligatoire d'une mesure de sûreté en plus de la peine

correspondante, raison pour laquelle la référence à la prostitution habituelle - et encore plus à la prostitution occasionnelle - comme condition pour l'application d'une mesure de sûreté dans les termes susmentionnés est également inconstitutionnelle.

D'autre part, la Cour est d'avis que cette définition du code pénal viole également le principe de congruence législative, dans la mesure où les dispositions du législateur visant à permettre l'application obligatoire de la mesure de sûreté sont incompatibles avec la doctrine pénale définie dans le même code. En effet, une personne qui se livre à la prostitution peut faire l'objet d'une enquête pénale et d'une sanction, c'est-à-dire qu'elle peut être inculpée et condamnée. Mais si elle a profité de l'exercice de la prostitution pour commettre cette infraction, le législateur dit en même temps qu'il faut appliquer une mesure de sûreté, sans tenir compte du fait que les mesures de sûreté sont prévues et conçues dans notre système pour des personnes qui ne sont pas susceptibles d'être poursuivies. Ainsi, les normes contestées servent de base à l'application d'une mesure destinée à des personnes non imputables à une personne imputable, ce qui contrevient clairement au principe de congruence, de sorte que ces dispositions sont inconstitutionnelles car elles ne correspondent pas exactement aux critères d'imputabilité définis par la doctrine pénale qui régit notre système.

Par conséquent, compte tenu du fait que, dans le cas d'espèce, les règles contestées contreviennent aux principes de raisonabilité, d'équité, de justice et de cohérence, dans la mesure où elles imposent l'obligation d'appliquer des mesures de sécurité lorsque la personne condamnée s'adonne habituellement à la prostitution, et que cet exercice lui a permis de commettre le délit, l'inconstitutionnalité de l'article 98, paragraphe 6, et de l'article 102, paragraphe e), du code pénal, est déclarée, dans la mesure où ils font référence à la prostitution comme facteur conditionnant l'imposition des mesures de sécurité qui y sont indiquées.

VIII - Conclusion. Sur la base de ce qui précède, il convient de déclarer le recours recevable et de déclarer inconstitutionnels les articles 98, paragraphe 6, et 102, paragraphe e), du code pénal, uniquement dans la mesure où ils incluent la prostitution et l'homosexualité comme motifs pour l'imposition de mesures de sécurité.

Par conséquent, le recours est déclaré recevable :

Le recours est déclaré recevable. L'article 98, paragraphe 6, et l'article 102, point e), du code pénal sont annulés, uniquement dans la mesure où ils incluent la prostitution et l'homosexualité comme motifs pour l'imposition de mesures de sécurité. Cette déclaration a un effet rétroactif à la date d'entrée en vigueur des normes annulées, sans préjudice des droits acquis de bonne foi. Conformément aux dispositions de l'article 91 de la Loi de la Juridiction Constitutionnelle, les effets de cette déclaration sont les suivants : 1- Toutes les personnes qui ont été soumises à une mesure de sécurité pour homosexualité ou prostitution, conformément aux normes déclarées inconstitutionnelles, ainsi que celles qui sont soumises à une mesure pour les raisons susmentionnées, peuvent introduire une procédure de révision, dans les termes établis par les articles 408 et suivants du Code de Procédure Pénale. 2- Toutes les mesures en cours d'exécution et qui ont été imposées sur la base de ce qui est réglementé dans l'article 98, paragraphe 6) et 102, paragraphe e) du code pénal, pour homosexualité ou prostitution, le tribunal d'application des peines les considérera comme terminées. Communiquer aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Cette décision est publiée au Journal officiel La Gaceta et dans son intégralité au Bulletin judiciaire. Notification à la Cour. Les juges Armijo, Jinesta et Hernández ajoutent des motifs supplémentaires. Les juges Cruz et Castillo ajoutent leurs notes.

Gilbert Armijo S.
Président a.i.

ernando Cruz C.
Ernesto Jinesta L.
Paul Rueda L.
Fernando Castillo V.
Jose Paulino Hernández G.
oloria
Aracelly Pacheco S.

Affaire n° 13-003150-0007-CO.

Motifs complémentaires des juges Armijo Sancho, Jinesta Lobo, Hernández Gutiérrez, avec le libellé du premier : Outre les arguments exposés à cette occasion par le juge Rueda Leal, il est nécessaire de rappeler la portée de l'arrêt rendu par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire Atalá Riffo c. Chili, qui interdit tout type de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, et qui interdit tout type de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre. La Cour européenne des droits de l'homme a également reconnu l'importance de l'affaire Riffo c. Chili, qui interdit tout type de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, dans le cadre du système interaméricain de protection des droits de l'homme. En ce sens, il est clair que la déclaration faite par la CIDH à cette occasion, en application du contrôle de conventionnalité bien connu, justifie un traitement différent de ce type de question par la Chambre constitutionnelle. Ainsi, dans l'arrêt du 24 février 2012, la CIDH a procédé à une analyse approfondie du concept de discrimination et, en particulier, de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, et a établi que :

" l'orientation sexuelle et l'identité de genre des personnes sont des catégories protégées par la Convention. Ainsi, toute règle, acte ou pratique discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle d'une personne est proscrite par la Convention. Par conséquent, aucune règle, décision ou pratique de droit interne, qu'elle émane des autorités de l'État ou de particuliers, ne peut en aucune manière diminuer ou restreindre les droits d'une personne sur la base de son orientation sexuelle".

L'arrêt cité précise en outre que :

92. En ce qui concerne l'argument de l'État selon lequel, à la date de l'arrêt de la Cour suprême, il n'y avait pas de consensus sur l'orientation sexuelle en tant que catégorie interdite de discrimination, la Cour souligne que l'absence alléguée de consensus dans certains pays sur le plein respect des droits des minorités sexuelles ne saurait être considérée comme un argument valable pour nier ou restreindre leurs droits fondamentaux ou pour perpétuer et reproduire la discrimination historique et structurelle dont ces minorités ont souffert. Le fait qu'il s'agisse d'une question controversée dans certains secteurs et pays, et qu'elle ne fasse pas nécessairement l'objet d'un consensus, ne peut conduire la Cour à s'abstenir de se prononcer, car elle doit se référer uniquement et exclusivement aux dispositions des obligations internationales contractées par décision souveraine des États par le biais de la Convention américaine.

Enfin, elle affirme catégoriquement que :

93. Un droit reconnu aux individus ne peut en aucun cas être refusé ou restreint à quiconque sur la base de son orientation sexuelle. Cela constituerait une violation de l'article 1(1) de la Convention américaine. L'instrument interaméricain proscrit la discrimination en général, y compris des catégories telles que l'orientation sexuelle, qui ne peut servir de base pour refuser ou restreindre l'un des droits établis dans la Convention.

Toutes ces raisons justifient que, dans le cas présent, l'article 98, paragraphe 6, et l'article 102, point e), du code pénal soient déclarés contraires à la loi constitutionnelle, uniquement dans la mesure où ils incluent la prostitution et l'homosexualité comme motifs d'imposition de mesures de sécurité, ce qui représente indubitablement une discrimination arbitraire, contraire à la dignité personnelle de cette population, qui doit être corrigée par ce tribunal. Compte tenu de ce qui précède, le recours doit être accueilli, avec les conséquences de droit.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

José Paulino Hernández G.

NOTE SÉPARÉE DU MAGISTRAT CASTILLO VÍQUEZ

J'ai estimé qu'il était possible de différencier le traitement lorsque cela permettait de préserver un droit fondamental d'une autre personne souffrant d'une affectation plus importante. Dans ces cas, en recourant à la mise en balance, il faut choisir de sacrifier le droit fondamental le moins lésé au profit de celui qui l'est le plus, comme cela se produit dans le cas des centres commerciaux (voir le vote n.º 2011-8724). Dans le cas qui nous occupe, ce n'est pas le cas, il n'y a donc pas lieu de sauver le vote.

D'autre part, il ne m'appartient pas d'approuver ou de contredire la thèse avancée dans l'arrêt, selon laquelle l'homosexualité n'est pas une maladie. A cet égard, dans le vote n.º 2013-3090, je me suis prononcé dans ce sens et j'ai même soutenu que, dans une société démocratique et pluraliste, ceux qui pensent le contraire - qu'il est possible de guérir de l'homosexualité - devraient pouvoir librement, ouvertement, sans limites, sans être intimidés, exprimer leurs pensées et leurs opinions.

J'ai également soutenu la thèse selon laquelle la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme n'est contraignante pour aucun organe des États parties au traité (voir l'arrêt n.º 2013-4491), par conséquent, les arguments de l'importante Cour régionale constituent un jugement directeur que le juge constitutionnel ou le juge ordinaire peut suivre ou non ; dans ce cas, nous ne sommes même pas en présence des mêmes faits pertinents que la Cour interaméricaine des droits de l'homme a entendus dans l'affaire Atalá Riffo. Il s'agit de situations factuelles différentes, dans lesquelles l'application d'un précédent n'est pas appropriée. Avec tout le respect que je vous dois, il s'agit d'une manière forcée d'imposer une thèse là où elle n'a pas lieu d'être et de recourir à un argument d'autorité pour soutenir une position.

Enfin, je considère que l'arrêt n'a aucun effet pratique, puisque, comme le montre la réalité, aucun juge n'a jamais appliqué cette mesure de sécurité à une personne pour cause de prostitution ou d'homosexualité habituelle.

Compte tenu des raisons susmentionnées, j'ai confirmé mon vote en faveur de la déclaration d'inconstitutionnalité de la règle contestée.

FERNANDO CASTILLO V.
JUGE

Affaire n° 13-003150-0007-CO

Note du juge Cruz Castro :

La criminalisation des "étrangers" est une constante du droit pénal, soit en criminalisant un comportement qui n'est pas criminel, mais plutôt en réprimant certaines façons d'être de l'auteur, soit en l'appliquant aux citoyens qui entrent dans certaines catégories, en imposant des mesures de sécurité, comme on peut le voir dans les articles 98, paragraphe 6, et 102, paragraphe 6, du code pénal. Dans le droit pénal dangereux, les travailleurs du sexe et les homosexuels sont soumis à des mesures de sécurité qui semblent très "scientifiques" sur la base d'une prétendue dangerosité, mais qui ne sont rien d'autre qu'un déguisement idéologique pour appliquer la répression et la stigmatisation à certaines catégories de citoyens, qui sont traités comme des "étrangers" ou des anormaux. C'est l'un des fondements des règles dont l'inconstitutionnalité est décrétée. Au nom d'une dangerosité fondée sur un "scientisme" douteux, on impose des restrictions d'apparence très moderne, qui s'apparentent à un droit pénal de prévention, qui évite le crime, et qui ne semble pas porter atteinte aux droits fondamentaux. En matière sociale, en matière de répression, il n'y a pas de prétendue neutralité qui ferait du contrôle ou de la répression déguisée une action aseptisée ou inoffensive. L'un des exemples les plus intéressants de la répression de la sexualité, tant des non-hétérosexuels que des travailleurs du sexe, se trouve dans le droit pénal nazi, dans la mesure où les homosexuels étaient envoyés dans des camps de concentration. A titre d'exemple, en 1928, le parti national-socialiste (parti nazi) répondait à une question dans le magazine Der Eigene en ces termes : "... L'intérêt de la communauté avant l'intérêt personnel ! Il n'est pas nécessaire que vous et moi vivions, mais il est nécessaire que le peuple allemand vive. Et il ne peut vivre que s'il veut se battre, car vivre, c'est se battre. Et il ne peut se battre que s'il reste pubère. Mais on ne peut rester pubère que si l'on maintient la discipline, surtout face à la luxure. L'amour libre est obscène. C'est pourquoi nous le rejetons, tout comme nous rejetons ce qui nuit à notre peuple. Quiconque pense à l'amour entre hommes ou entre femmes est notre ennemi. Nous rejetons tout ce qui émascule notre peuple, qui le transforme en boule de nos ennemis, parce que nous savons que la vie est une lutte [...]....". A la base d'un droit pénal qui réprime les modes d'être, les modes de vie, qui ignore la pluralité, la diversité, il y a l'application de mesures répressives, parfois déguisées en droit pénal préventif et inoffensif, comme dans ce cas de la mesure de sécurité appliquée aux travailleurs du sexe et à ceux qui ont des options affectives autres que l'hétérosexualité.

Cette orientation vers un droit pénal qui réprime les manières d'être, qui crée des "ennemis" pour certaines caractéristiques considérées comme inacceptables selon une certaine vision du monde, s'est bien reflétée dans le projet du régime nazi, appelé le traitement des "étrangers à la communauté", dont la conception et la rédaction ont été confiées au professeur Mezger et au criminologue Exner. Ce projet législatif de prophylaxie sociale et d'extermination, qui prévoyait la peine de mort, la stérilisation forcée et l'internement dans des camps de concentration, ou plutôt d'extermination, de personnes qui n'avaient pas commis de délits criminels ou de délits mineurs, pouvaient également être des "étrangers à la communauté", y compris ceux qui avaient commis des actes de sodomie, des relations sexuelles entre Allemands et Juifs et d'autres comportements relevant de la sphère de l'intimité. Dans certains de ces cas, la peine de mort peut être prononcée. Il s'agit d'un droit répressif qui tourne le dos à la dignité, à la liberté individuelle et qui, dans son zèle "progressiste", oublie que la répression étatique doit avoir des limites claires à son intervention, même s'il s'agit de mesures préventives de sécurité.

La mesure de sécurité est une forme de répression criminelle, ce n'est pas un traitement anodin, elle impose une limitation de la liberté et se comporte, en réalité, comme une sanction qui limite les droits fondamentaux sans justification. Les noms, les étiquettes et les abstractions conceptuelles n'enlèvent rien à sa nature essentiellement répressive et contrôlante. Ni la prostitution ni l'homosexualité ne sont des états pathologiques qui méritent l'intervention du droit pénal ; ils ne peuvent être considérés comme des facteurs criminogènes qui justifient l'intervention du contrôle pénal. La répression contenue dans les normes dont l'inconstitutionnalité est déclarée viole l'article 28 du code pénal, car l'homosexualité et le travail effectué par les travailleurs du sexe, en tant qu'adultes, appartiennent à la sphère privée des citoyens, ne portent pas préjudice à des tiers et, d'un point de vue constitutionnel, ne sont pas des conduites qui portent atteinte à la morale ou à l'ordre public ; la morale et l'ordre public doivent porter atteinte à des valeurs spécifiques et pertinentes, ce qui n'est pas le cas des conduites que l'on entend réprimer par le biais du contrôle pénal. Dans le cas des travailleurs du sexe, le proxénétisme est réprimé et puni, mais pas la personne qui, selon les contrôles sanitaires préventifs effectués par l'État lui-même, est un travailleur du sexe. Affirmer le contraire, c'est supposer une dualité de valeurs inconciliable, car d'une part l'État reconnaît les travailleurs du sexe et d'autre part il suppose à tort qu'il s'agit d'une activité criminogène. Afin de réprimer les étrangers, tels que l'homosexualité et les travailleurs du sexe, des mesures de sécurité ont été conçues, comme l'a reconnu la doctrine pénale. Il est important de noter qu'il ne s'agit pas d'actes criminels graves, mais que le manteau répressif s'étend aux travailleurs du sexe, aux homosexuels, aux alcooliques, qui sont classés comme des catégories dangereuses ou de "mauvaise vie", et que des mesures de contrôle presque illimitées sont prévues pour ces délinquants.

A cette époque, l'optimisme prévalait encore, supposant qu'une mesure de sécurité avait une orientation préventive, c'est pourquoi dans l'exposé des motifs du code, rédigé par Guillermo Padilla Castro, il était reconnu que les mesures sont "...en principe indéterminées et durent aussi longtemps que le délinquant en a besoin...", ce qui correspond à une loi pénale typique de l'auteur. Dans le cas des normes contestées, la répression est basée sur une présomption de dangerosité pour les homosexuels et les travailleurs du sexe.

Le contrôle pénal est dangereusement déguisé en mesure préventive, qui réprime la liberté des citoyens auxquels une étiquette est appliquée, comme dans ce cas, l'homosexualité ou la prostitution, au mépris de leurs droits fondamentaux, en supposant qu'il existe une dangerosité inévitable chez ceux qui ont un mode de vie différent. Cette conséquence est constitutionnellement inadmissible, car elle ignore la dignité et la liberté qu'ont les personnes d'être différentes, tant que leurs actions ne nuisent pas ou ne mettent pas en danger les droits légaux d'autres personnes.

Fernando Cruz Castro
Magistrat