

Flor Sánchez González
Jefa de Área
Comisión Especial Permanente Ordinaria
Derechos Humanos
Asamblea Legislativa

Asunto: Dictamen Proyecto de Ley No. 20970

Estimada señora:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley de Adición de los artículos 35, 68 bis, 384 bis y de un inciso e) al artículo 260 de la Ley General de Salud, N° 5395, de 30 de octubre de 1973 y sus reformas, expediente legislativo 20940. Con respecto a esta iniciativa legislativa me refiero en los siguientes términos:

1. Competencia del mandato DHR.

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (**Principios de París**) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

2. Antecedentes del proyecto de ley.

El proyecto de ley tiene como objetivo la actualización de la Ley General de Salud con el desarrollo que en materia de derechos humanos y avance científico se ha presentado en las últimas décadas, en relación con la orientación sexual y la identidad de género. En esta línea, reconoce la discriminación histórica que ha sufrido este sector de la población y que ha permeado el cumplimiento de las obligaciones de los Estados en relación con el derecho a la salud. Se concentra en la modificación de una

visión de la orientación sexual y la identidad de género que, sustentada en un supuesto conocimiento científico, las catalogaba como patologías y sometía a las personas LGBTI a procesos médicos contrarios a la dignidad humana.

3. Contenidos del Proyecto de Ley.

El proyecto de ley propone la modificación de la Ley General de Salud en los siguientes términos:

- a) Inclusión del artículo 35 en lo referente a los derechos y deberes relativos a la recuperación de la salud personal, en los siguientes términos:

"Queda prohibido amenazar, coaccionar o forzar a una persona a esconder, modificar o negar sus características sexuales, identidad de género, expresión de género u orientación sexual, así como a someterse a tratamientos aversivos de cualquier índole que pretendan convertir, revertir o modificar a modo de pretendida curación sus características sexuales, expresión de género, identidad de género u orientación sexual y que representen una amenaza para su salud, bienestar y libertad individual. De lo anterior se exceptúa todo tratamiento y servicio de salud de tipo afirmativo del género y sexualidad sustentado en criterios científicos según estándares internacionales, que obedezcan a la propia decisión de la persona y tengan por finalidad asegurar su propio derecho a la salud y a la identidad."

- b) Inclusión de un artículo 68 bis relacionado con las prohibiciones y restricciones en el ejercicio de las profesiones y oficios en ciencias de la salud, el cual dispone:

"Queda prohibida cualquier terapia aversiva que pretenda suprimir, revertir o modificar a modo de pretendida curación las características sexuales, expresión de género, identidad de género u orientación sexual de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales. Esta prohibición no afecta los tratamientos y servicios de salud de tipo afirmativo del género y sexualidad, sustentados en criterios científicos según estándares internacionales, y que tengan por finalidad asegurar su propio derecho a la salud y a la identidad."

- c) Inclusión del inciso e) en el artículo 260 calificando como propaganda engañosa o ambigua:

"e) Las terapias aversivas que pretendan suprimir, revertir o modificar a modo de pretendida curación las características sexuales, expresión de género, identidad de género u orientación sexual de las personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero e intersexuales, según lo dispuesto en el artículo 68 bis de esta ley."

- d) Inclusión de un artículo 384 bis para la creación de una contravención en los siguientes términos:

"Sin perjuicio de las sanciones penales que pudieran proceder, la violación a las prohibiciones contenidas en los artículos 35, 68 bis y 260, inciso

e) será sancionada:

a) Con pena de sesenta a cien días multa.

b) En caso de reincidencia, además de la multa determinada en el inciso anterior, se impondrá la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por un lapso de tres años tratándose de una persona física y la cancelación de la respectiva licencia o permiso sanitario de funcionamiento, a la respectiva persona jurídica."

4. Análisis del contenido del proyecto:

a. Patologización de la orientación sexual y la identidad de género.

Una de las formas en las que se materializa y se reproduce la discriminación en contra de la población LGBTI, es la patologización. Con esta se reafirma su diferencia en relación con aquello que la sociedad considera como normalidad, presentándola como una distinción justificada a partir de una supuesta base científica y de esta forma, se pretende tornarla objetiva y legítima.

La comprensión médica de la orientación sexual distinta a la heterosexual como manifestación natural de la sexualidad, ha implicado su eliminación como enfermedad por parte de la comunidad científica. En consecuencia, pierden sustento científico las terapias o tratamientos destinados a su modificación. Por su parte, en el caso de las personas cuya identidad con aquella impuesta socialmente a partir del sexo asignado al nacer, en el año 2018 la OMS emitió la actualización de la Clasificación Internacional de Enfermedades –CEI 11-, eliminando la condición de las personas trans como una patología, erradicando conceptos como el de “disforia de género.” En su lugar, se reconoce la existencia de una condición médica relevante en el tanto demanda necesidades específicas frente a los servicios de salud.

La exposición de motivos del proyecto de ley es amplia en el señalamiento de los estándares internacionales, tanto en materia de derechos humanos como científicos, que rechaza la condición de las personas LGBTI como una enfermedad. La Defensoría de los Habitantes hace suyos estos argumentos, pero también considera oportuno hacer referencia a su aplicación por parte de la Sala Constitucional en relación con la forma más extrema en que estos tratamientos pueden realizarse: la imposición por la vía penal de un tratamiento médico.

Los artículos 98 inciso 6) y 102 inciso e) del Código Penal, establecían la obligación del juez penal de aplicar medidas de seguridad o medidas curativas en el supuesto de la homosexualidad de la persona imputada. Como medidas del derecho penal distintas a la pena, estas proceden en aquellos supuestos en los cuales se considera que existen elementos personales en el sujeto que comete un delito, que lo condicionan a este tipo de conductas. Por esta razón, se enmarcan en los supuestos de inimputabilidad en los cuales no existe posibilidad de un reproche jurídico sustentando en la culpa, aplicando en su lugar un criterio de peligrosidad y ordenando su internamiento. Por esta razón, presuponen la posibilidad de reversión de la condición de la persona, sometiéndolas a procesos de curación o rehabilitación.

Sobre este punto, la Sala Constitucional en su resolución 10404-2013 adopta la posición sostenida por la OMS y la OPS, al citar a estas organizaciones cuando indican 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 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, curación 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: "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. 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”.

En consecuencia, señala con respecto a las medidas de seguridad o curativas:

"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 considerandos 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)"

Con fundamento en lo anterior, la Sala vincula la aplicación de las medidas de seguridad o curativas -y en consecuencia la pretensión de aplicación de procesos de curación en razón de la orientación sexual de las personas- con prácticas discriminatorias y la violación a los derechos derivados de la personalidad, cuando concluye:

"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 injerencia 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 lo anteriormente expuesto, la Defensoría de los Habitantes reafirma la inexistencia de una base científica que justifique la aplicación o la oferta de tratamientos destinados a la conversión, reversión o

restauración de la sexualidad de las personas. Toda pretensión que busque de mantener un discurso de patologización frente a la diversidad en la que se manifiesta la sexualidad humana, debe ser considerado como un mecanismo de reproducción y legitimación de la discriminación y como tal, no puede ser tolerado por el Estado costarricense.

b. Sobre las Clínicas de Conversión, Tratamiento o Restauración de la Sexualidad.

La existencia de una sólida base científica que rechaza como enfermedad la orientación sexual hacia el mismo sexo y la identidad de género distinta al sexo asignado al nacer, ha derivado en que las terapias o tratamiento que pretenden su "curación", no sean ofertados por los servicios de la seguridad social o servicios privados importantes. En su lugar y a nivel de la región latinoamericana, es común que estos sean brindados por servicios privados, muchas veces clandestinos o disfrazados como centros que brindan tratamiento médico destinado a otros tipos de afecciones reconocidas –especialmente el alcoholismo o farmacodependencia-.

En el año 2016 la Relatoría para los derechos de las LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –en adelante CIDH- presentó un informe sobre la Violencia en contra de la población LGBTI¹. En este, se da una especial relevancia a la discriminación que viven estos sectores de la población en los servicios de salud. Como una forma específica de violencia que sufren en relación con su derecho a la salud, la CIDH analiza la existencia de clínica de conversión o bien, en el caso concreto de Ecuador, de deshomosexualización.

En este informe se describen las formas más extremas de violación a los derechos humanos que se presenten en este tipo de tratamientos, los cuales pueden implicar la privación de la libertad, el confinamiento en condiciones insalubres, la violencia física e incluso, en el caso de las mujeres lesbianas, bisexuales o personas trans, la violación como mecanismo correctivo de la sexualidad.² Más allá de estas manifestaciones, la pretensión de modificar un aspecto que es consustancial a la identidad de cada ser humano, siempre implica la afectación a su dignidad y deriva, en mayor o menor medida, en una afectación a la salud física y mental.

Aunado a lo anterior, el sometimiento a este tipo de tratamientos es generalmente impulsado y consentido por el entorno más cercano a la víctima, principalmente su ámbito familiar. Por esta razón, es difícil conocer la existencia y dimensión de la afectación de este tipo de tratamiento, dada la renuencia de las personas afectadas de denunciar.³ También esta relación con el entorno, explica una especial afectación a personas que, además de su orientación sexual o identidad de género, tienen otros elementos que lo tornan dependientes de este y agravan su vulnerabilidad, como es el caso de las mujeres, principalmente jóvenes, y las personas menores de edad.

En este orden de ideas, el proyecto de ley consultado, implica un avance en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado costarricense en materia de derechos humanos frente a la población LGBTI. La reforma a la Ley General de Salud implica reconocimiento de potestades importantes al Ministerio de Salud como ente rector del sector salud, adecuando la actuación del Estado a lo señalado por la CIDH cuando señala en el informe de marras:

¹ Violencia contra las personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América. Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. 2016.

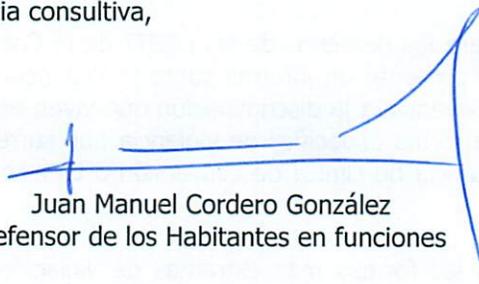
² *Ibidem*. Párrafo 205

³ *Ibidem*. Párrafo 210.

"Considerando que estas "terapias" carecen de indicación médica y representan una grave amenaza a la salud y a los derechos humanos de las personas afectadas, la CIDH recomienda que los Estados Miembros de la OEA adopten medidas para que el ente rector de servicios de salud estatal garantice efectivos procesos de regulación y control de los médicos y profesionales de la salud que ofrecen estos servicios. En líneas generales, prácticas que generan daño en la salud física, mental y social no deberían ser aceptadas como terapias médicas. Asimismo, la Comisión recomienda a los Estados Miembros de la OEA a que diseminen información basada en evidencia científica y objetiva sobre el impacto negativo que tienen estas "terapias" en la salud."

5. **Conclusión:** En virtud de lo expuesto en los párrafos anteriores, la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica expresa conformidad con la eventual aprobación del proyecto de ley en los términos consultados.

Agradecido por la deferencia consultiva,


Juan Manuel Cordero González
Defensor de los Habitantes en funciones



⁴ Op cit. Párrafo 211