

"EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL"

En el caso No. 111 - 97 – TC

Considerando:

Que el doctor Christian Polo Loayza y más de mil ciudadanos, el 24 de septiembre de 1997, presenta una demanda para que se declare la inconstitucionalidad del art. 516 del Código Penal que sanciona el homosexualismo, por cuanto a su criterio contraría el numeral 6 y 7 del art. 22 de la Constitución Política.

Que, la demanda en referencia sostiene que la homosexualidad no es ni delito, ni una enfermedad, ni siquiera una enfermedad sexual, por consiguiente ni el homosexual ni la lesbiana, no necesitan que se les condene penalmente ni que se les cure, este acerto (debe escribirse con s) desde su punto de vista lo sustentan en argumentaciones y criterios de Tenorio Ambrosi, de la enciclopedia Larousse, en lo manifestado por la Asociación Psiquiátrica Americana. Que, asimismo, agregan, que el ser homosexual no implica ser delincuente, pues ello es una conducta del ser humano y que a través de la penalización se está degradando a la persona, sea hombre o sea mujer. Por último, anotan, que esta política jurídica discriminatoria desde todo punto de vista contraría el contenido de los dos primeros incisos del numeral 6 y 7 del artículo 22 de la Constitución, y concluye solicitando que se declare inconstitucional el art. 516 del Código Penal por ser discriminatorio.

Que el Tribunal solicitó al señor Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al señor Ministro de Gobierno y de Policía y a los señores Alcaldes del distrito Metropolitano de Quito, de Guayaquil y de Cuenca que informen, en su orden, si en la Función Judicial se han resuelto casos de aplicación del Código Penal, si se han realizado detenciones y si se han tramitado recursos de Hábeas Corpus en aplicación del citado artículo del Código Penal; habiendo recibido respuesta únicamente del Ministerio de Gobierno, en el sentido de que no existen registros de detenciones efectuadas por el delito tipificado en el artículo 516 del Código Penal.

Que, en cumplimiento del procedimiento establecido en el art. 20 de la Ley de Control Constitucional, se citó a los señores Presidentes del H. Congreso Nacional y Presidente Consitucional de la República para que contesten la demanda formulada, habiendo respondido el señor Presidente Constitucional Interino de la República, quien en lo fundamental manifiesta que quien debe encargarse de descriminalizar una conducta, no es el Tribunal Constitucional, sino el legislador, que es quien tipificó la misma en el Código Penal y que si existe una razón para descriminalizar la homosexualidad no es porque esta debe considerarse inconstitucional, sino porque la falta de aplicación de la pena para este tipo de delitos, hace que sea necesario descriminalizar esta conducta.

Agrega en relación a los incisos segundo y tercero del artículo 516 del Código Penal, que es totalmente improcedente que se declare su inconstitucionalidad, porque ello contraría el precepto constitucional que establece que es obligación del Estado la protección de la familia "garantizando todas las condiciones morales, culturales y económicas que favorezcan la consecución de sus fines" (art. 32) y no podría darse esto si se despenaliza las relaciones incestuosas, sean estas heterosexuales u homosexuales; asimismo, se contravendría el art. 36 de la Constitución que consagra la protección al menor por parte de sus progenitores, de la

sociedad y del Estado para "asegurar su vida, su integridad física y su salud", pues se garantiza la impunidad de actos que lesionan justamente la integridad física, psíquica y la salud del menor.

Por otra parte, en el campo penal señala que se mantendría la penalización del estupro, esto es, la relación heterosexual voluntaria de una mujer honesta, menor de edad (arts. 510, 511 del Código Penal), no así la relación homosexual con un menor, aun cuando quien induce a la relación sexual sea su padre, maestro o guía espiritual (tercer inciso del art. 516 del Código Penal). Más aun, señala que el tipo penal impugnado, lleva implícito un agravante, que consiste en que el sujeto pasivo del delito, sea o no el sujeto pasivo de la relación, es un menor de edad y por ende inimputable, porque su inmaduro psiquismo no le permite claramente comprender la ilicitud de su comportamiento, por todo lo cual solicita que el Tribunal deseche la demanda presentada;

Que, según el art. 175 numeral 1 de la Constitución Política, el numeral 1 del art. 12 de la Ley de Control Constitucional y el art. 10 del Reglamento Orgánico Funcional del Tribunal Constitucional, el Tribunal es competente para conocer y resolver acerca de la inconstitucionalidad de leyes, decretos- leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas; más aun, hay que destacar que el Tribunal Constitucional se halla instituido en la Tercera Parte del Título I, relativo a la Jerarquía y Control del Orden Jurídico de la Constitución Política de la República, normas que dan lugar a la proclamación constante en el art. 3 de la Ley de Control Constitucional, que establece que el Tribunal Constitucional es el órgano supremo del control constitucional, por lo que resulta indubitable que el Tribunal es competente para conocer y resolver la presente demanda y no cabe que el control constitucional del orden jurídico pueda estar en conflicto con el control de legalidad, ejercido por los órganos designados en las normas constitucionales o con la facultad legislativa de la Función Legislativa para "expedir, reformar o derogar leyes". Son ámbitos jurídicos distintos y concurrentes.

Que, para el análisis como delito del homosexualismo, es necesario tener presente que en el terreno científico, no se ha definido si la conducta homosexual es una conducta desviada o se produce por la acción de los genes del individuo, más bien la teoría médica se inclina por definir, que se trata de una disfunción o hiperfunción del sistema endócrino, que determina que esta conducta anormal debe ser objeto de tratamiento médico, no tanto como enfermedad, antes que objeto de sanción penal. Por tanto, resulta inoperante para los fines de readaptación de los individuos, el mantener la tipificación como delito de la homosexualidad, porque mas bien la reclusión en cárceles crea un medio ambiente propicio para el desarrollo de esta disfunción. Sin embargo, es claro que si no debe ser una conducta jurídicamente punible, la protección de la familia y de los menores, exige que no sea una conducta socialmente exaltable.

Que, los homosexuales son ante todo titulares de todos los derechos de la persona humana y por lo tanto tienen derecho a ejercerlos en condiciones de plena igualdad, lo cual no supone la identidad absoluta sino una equivalencia proporcional entre dos o más entes, es decir sus derechos gozan de protección jurídica, siempre que en la exteriorización de su conducta no lesionen los derechos de otros, tal como ocurre con las demás personas.

Que no obstante lo anotado, el Tribunal debe precautelar la vigencia de derechos garantizados, por los artículos 32 y 36 de la Constitución, que proclaman la protección de la

familia como célula fundamental del Estado, y las condiciones morales, culturales y económicas, que favorezcan la consecución de sus fines, así como la protección al menor por parte de sus progenitores, del Estado y de la Sociedad para asegurar su vida e integridad física y psíquica, por lo cual no son inconstitucionales los incisos segundo y tercero del art. 516 del Código Penal, que establecen una sanción penal para "Cuando el homosexualismo se cometiere por el padre u otro ascendiente en la persona del hijo u otro descendiente, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce años y privación de los derechos y prerrogativas que el Código Civil concede sobre la persona y bienes del hijo". O, si ha sido cometido por ministros del culto, maestros de escuela, profesores de colegio o instituciones, en la personas confiadas a su dirección o cuidado, la pena será de reclusión mayor de ocho a doce ".

Con todos estos antecedentes y en ejercicio de la atribución consignada en el numeral 1 del art. 175 de la Constitución y los artículos 20 y 21 de la Ley de Control Constitucional.

RESUELVE:

1.- Aceptar parcialmente la demanda formulada y declarar la inconstitucionalidad del inciso primero del art. 516 del Código Penal, y suspender textualmente los efectos de dicho inciso, que textualmente dice: "En los casos de homosexualismo, que no constituyen violación, los dos correos serán reprimidos con reclusión mayor de cuatro a ocho años".

2.- Promulgar la presente resolución en el Registro Oficial en aplicación de los arts. 176 de la Constitución y 22 de la Ley de Control Constitucional.- "Notifíquese".