

Necochea,..... de julio de 2006.-

.....AUTOS Y VISTOS:

.....La causa n° 4670 que se sigue a Roberto Omar Barraza, por la presunta infracción al art. 92.E del decreto ley 8031/73, y

.....CONSIDERANDO:

.....1- Que de acuerdo al acta de procedimiento obrante a fs. 1, resulta que siendo las 22:20 hs. del 17 de marzo de 2006, personal policial detectó que en 59 y 28 de este medio, un sujeto del sexo masculino vestía ropa de mujer, razón por la cual se procedió a su identificación y traslado a la dependencia policial a los fines legales, sin que prestara resistencia.

.....2- Que el inciso e del artículo 92 del Código de Faltas Bonaerense, en el marco de los "Delitos contra la fe pública", contravencionaliza "al que en la vida diaria se vista y haga pasar como persona de sexo contrario", norma por la cual se sanciona el comúnmente conocido travestismo.

.....Es evidente que desde un plano estrictamente formal, la norma es inconstitucional, porque no existe posibilidad alguna de lesionar ni poner en peligro bien jurídico alguno -mucho menos la fe pública- con el tipo de ropa que se use. Pretender -como pretende el Código de Faltas bonaerense- que el estado pueda regir la vestimenta que tiene que usar la población, constituye un verdadero desatino, palmariamente contradictorio con el principio de reserva establecido por el artículo 19 constitucional.

.....En tal sentido, la jurisprudencia muy atinadamente ha dicho que "la confusión que puede generar el simple hecho de vestir ropas propias del sexo opuesto, podría haber tenido sentido en épocas pretéritas, en las que el aspecto exterior de hombres y mujeres era claramente diferente. En cambio actualmente, cualesquiera sea la valoración que se haga al respecto, ello no es así y los hombres se tiñen el cabello y lo sujetan con colitas, usan aritos; personas de ambos sexos se graban tatuajes... En suma, han variado los hábitos sociales, e incluso las relaciones entre los sexos. Baste recordar que a principios de este siglo, en la ciudad de Buenos Aires las mujeres que se osaron a usar falda-pantalón fueron silbadas y perseguidas por la multitud" (Juz.Correcc. N° Bahía Blanca, 21-9-1999, "S., A.R.", LLBA 1999, p. 1144).

.....3- Que tampoco considerándola en su esencia y materialidad la norma en cuestión puede superar el test de constitucionalidad. Muy por el contrario, puede afirmarse sin temor a error que se trata de una de las disposiciones más hipócritas del Código de Faltas bonaerense, ya que es evidente que pretendiendo referirse al hombre que se viste de mujer con la pretensión de hacerse pasar por tal, vaya a saber por qué pruritos meramente formales lo hace refiriéndose en forma indiscriminada a ambos sexos. Prueba de dicha hipocresía es que no se conocen antecedentes jurisprudenciales en que se haya contravencionalizado a una mujer por ir vestida de hombre.

.....La aludida disposición tiene -por añadidura- un contenido oculto pero manifiesto -lo cual constituye el verdadero leit motiv de la norma- como lo es que el hombre debe ir vestido de mujer con el propósito de prostituirse, requisito que se omite señalar, pero que se encuentra incuestionablemente implícito.

.....El tipo contravencional en cuestión es completamente discriminatorio e inconstitucional, y junto con la persecución a las prostitutas, a los ebrios y a los vagos y mendigos, constituye la faceta más descarnada de la verdadera naturaleza segregacionista del Decreto Ley 8031/73, toda vez que los mayores índices de contravencionalización en la provincia, se registran en torno a las figuras aludidas.

.....En esta inteligencia, en sede tribunalicia se ha dicho que "cabe consignar que por imperio del principio de reserva, recogido por los legisladores constituyentes, tanto por los nacionales (art. 19), cuanto por los

locales (art. 26), cada persona tiene soberanía en el gobierno de su vida, sin que nadie pueda obligarla a hacer lo que la ley no le exige ni sustraerla de lo que las normas jurídicas no le vedan. El derecho a la identidad personal es el reconocimiento a la propia individualidad y ha sido definido como el conjunto de atributos y características sicosomáticas que permiten individualizar a la persona en la sociedad. El ordenamiento jurídico tutela la vigencia de un derecho a la identidad, y así se lo ha declarado, al sentenciar que el 'derecho a la identidad es un derecho de fundamento constitucional no enumerado, cuya satisfacción no lesiona otros derechos de igual fundamento' (CS Santa Fe, 19/9/91, LL 1992-D, 536). Por su parte, el derecho a la identidad sexual incluye el de vivir según la moralidad sexual de cada uno, habida cuenta que el sexo de una persona es un fenómeno complejo, integrado con la totalidad de su vida, de su psiquismo y de su genitalidad, motivos por los cuales la comunidad debe respetar -o, en última instancia, tolerar- comportamientos distintos al socialmente aceptado y bien visto, a menos que esa exteriorización de la sexualidad humana transgreda normas elementales para la convivencia, con específica y comprobada afectación de intereses legítimos de terceros" (Juz.CrimyCorrecc. N°4 Mar del Plata, 3-11-97, "M., M"; LLBA 1998, p. 162/164, con nota laudatoria de Germán J. Bidart Campos).

.....Desde otro ángulo -pero siempre relacionado con la ilegitimidad de la contravencionalización del travestismo- no puede perderse de vista que con el propósito de buscarle la justificación que carece, el legislador ubica este tipo en el capítulo de las faltas contra la fe pública, como si el hecho de simular pertenecer a un sexo que no se tiene -al menos desde el punto de vista estrictamente orgánico- pudiese entrañar algún riesgo o lesión a dicho valor axiológico -la credulidad del público-. Nada más falso. Que una persona se desplace por la vía pública y no alcance a distinguir si el individuo que se encuentra parado en una esquina, o a bordo de un colectivo, o en el sitio que sea, se trata de un hombre o una mujer, no parece tener incidencia alguna para el normal discurrir de la vida cotidiana, como no sea una malsana curiosidad por parte del observador, que debe quedar completamente abstraída del ámbito contravencional.

.....Así lo ha entendido en reiteradas oportunidades el Juzgado en lo Correccional n° 1 de Mar del Plata, al sentenciar "que no se advierte en la figura en cuestión cuál el bien de la vida social que se pretende tutelar para evitar su puesta en peligro o lesión efectiva. Si bien la norma en cuestión se halla incluida en el Capítulo VII del Título II De las Faltas contra la Fe Pública, debo negar categóricamente que el mismo pueda ser la Fe Pública. En efecto, entendida la Fe Pública como "... la confianza general que despiertan las instituciones creadas por el Estado..." tutelando los tipos legales la fe de los signos o instrumentos que impone con carácter de obligatoriedad y la de los actos que respetan ciertas formas materiales que son destinados a los objetivos legalmente previstos (Baigún-Tozzini, La Falsedad Documental en la Jurisprudencia, Depalma, p. 12/13; Creus C., Derecho Penal Parte General, TII, p. 361). Si bien este concepto es elaborado por la citada doctrina para los delitos agrupados en el Código Penal, resulta útil para modelar e interpretar los tipos contravencionales del Capítulo VII del Código de Faltas. El vestirse y hacerse pasar como persona de sexo contrario al propio no afecta ni la función autorreguladora del Estado, ni la función reguladora de la conducta de los individuos" (Juz. Correcc. N°1 Mar del Plata, 1-7-1999, causa 358/F, reg. 210, "DIAZ, Martín; BRACALENTE, Carolina; PAVON, Juan Marcelo; PERALTA, David A.; RAMOS, Diego A.; DELARROSA, Juan Mario s. Inf. Art. 68 de la Ley 8031/73").

.....4- Que por los motivos detalladamente expuestos "supra", corresponde declarar la inconstitucionalidad del inciso e) del artículo 92 del Código de Faltas de la Provincia de Buenos Aires decreto ley n° 8031/73 debiéndose, en

consonancia, sobreseer al Sr. Roberto Omar Barraza por la falta que se le imputara. Por ello,

.....SE RESUELVE:

.....I- DECLARAR la inconstitucionalidad del art. 92.e del Decreto Ley 8031/73 (art. 19 C.N.).-

.....II- SOBRESEER A ROBERTO OMAR BARRAZA, de nacionalidad argentino, estado civil soltero, instruído, domiciliado en la ciudad de Quequén, poseedor de D.N.I. n° 13.077.401, por la infracción que le fuera imputada, presuntamente registrada el 17 de Marzo de 2006 en Necochea (art. 341 C.P.P.; art. 3 Decreto Ley 8031/73).

.....REGISTRESE y NOTIFIQUESE.