

Tribunal: Juzgado en lo Correccional Nro. 4 de Mar del Plata(JCorrecMardelPlata)(Nro4)

Partes: M., W. A

.

Fecha: 18/10/2006

1ª Instancia. – Mar del Plata, octubre 18 de 2006.

Considerando: I. Que en los autos se atribuye a W. A. M. la comisión de las infracciones previstas y sancionadas por los arts. 68 y 92 inc. "e" del dec. ley 8031 t.o.

II. Que la defensa plantea en su escrito presentado a fs. 32/34 la inconstitucionalidad del art. 92 inc. "e" del dec. ley 8031 t.o. en cuya figura se ha encuadrado provisoriamente asimismo y con respecto a la infracción del artículo 68 del mismo cuerpo legal –considera la defensa– que esta norma castiga a las personas que se ofrecen públicamente a mantener relaciones sexuales a cambio de dinero produciendo escándalo, no contando en el caso concreto con ningún elemento que en forma lógica indique cual fue el escándalo generado, no configurándose en consecuencia la falta prevista y reprimida por el art. 68 del dec. ley 8031, en virtud de lo cual peticiona la libre absolución del mismo.

III. Que en relación al segundo planteo, considero que de las constancias de la causa no surgen elementos de juicio suficientes, que permitan dar por acreditada la contravención prevista y sancionada en el art. 68 del Cód. de Faltas (dec. ley 8031 t.o.).

En este sentido, comparto lo referido por la defensa respecto de la orfandad probatoria a los efectos de encuadrar la conducta del encartado en la conducta prevista por el artículo de mención.

IV. Se atribuye asimismo a W. A. M. la presunta infracción de la falta prevista en el art. 92 inc. "e" del Cód. de Faltas, que se refiere a quien "en la vida diaria se vista y haga pasar como persona de sexo contrario".

El Sr. titular de la Defensoría Oficial nro. Tres Departamental, Dr. Ricardo

Mendoza, plantea en relación a esta imputación la inconstitucionalidad de la norma referida fundando su postura en que la misma violaría el art. 19, que ampara el libre ejercicio de elección de la propia indumentaria, vinculándolo al derecho a la intimidad o privacidad protegido por la referida manda de la Carta Magna Nacional.

En mi opinión, la conducta del encausado encuadra en las previsiones del art. 92 inc. "e" del dec. ley 8031 t.o., por cuanto esta disposición legal sanciona, como se ha señalado, al que "en la vida diaria se vista y haga pasar como persona de sexo contrario".

No obstante, coincido con la postura de la defensa en el sentido de que dicha norma es contraria a la letra y espíritu de la Constitución Nacional y Tratados y Declaraciones en materia de derechos humanos con jerarquía constitucional a partir de la reforma de la Carta Magna en el año 1994 (art. 75 inc. 22 C.N.), tal como ya lo he declarado en casos anteriores.

En este sentido, sostuve en la causa "R.I.B. s/Amparo", con fecha 6 de junio de 1995 (fallo publicado en la revista "Jurisprudencia Argentina" nro. 5963 del 4-10-95 –con notas aprobatorias de Augusto Mario Morello y Santos Cifuentes– (fallo publicado en la revista "Jurisprudencia Argentina" nro. 5963 del 4-10-95 –con notas aprobatorias de Augusto Mario Morello y Santos Cifuentes–) y en los autos "Galván, Sergio D. s/Infr. art. 68 y 92 inc. "e" dec. ley 8031 t.o." (LLBA, 2000-1363 y JA del 9-2-00), en una democracia constitucional, en la que la dignidad y el valor de la persona humana ocupan un lugar prioritario y central, dicha dignidad "exige que se respeten las decisiones personales, propio plan o proyecto de vida que cada cual elige para sí...todo ello en la medida en que no perjudique a terceros (ni afecte al bien común), la intimidad o privacidad (el "right of privacy" de los anglosajones) es un aditamento de la dignidad de manera que en nuestra filosofía constitucional el principio de autonomía personal se halla unido indisolublemente a la dignidad..." (Bidart Campos, Germán J., Herrendorf, Daniel H., "Principios de Derechos Humanos y Garantías", Ed. Ediar, Bs. As., 1991, ps. 169 y ss. Sagüés, Néstor Pedro, "Dignidad de la persona e ideología constitucional", en J.A. 1994 IV 904).

Quien suscribe ha resuelto también que: "respecto del derecho de la identidad

sexual, visto desde la Constitución, puede decirse que a partir del reconocimiento de todo ser humano como persona (art. 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos, con relación al art. 75 inc. 22 CN, texto de 1994), surgen los derechos de la personalidad humana, entre los cuales el derecho a la identidad sexual ocupa un lugar relevante, considerado como un importante aspecto de la identidad personal, en la medida que la sexualidad se halla presente en todas las manifestaciones de la personalidad del sujeto (puede verse: Germán J. Bidart Campos, "El Derecho a la identidad sexual", E.D. 104-1024; Fernández Sessarego, "Derecho a la identidad sexual", Ed. Astrea, Bs. As., 1995, pág. 291; véase asimismo la excelente fundamentación de la C. Civ. y Com. San Nicolás, y voto del Dr. Calatayud en la sentencia allí invocada en JA 1995-H-380, EU del 19-10-94). Por lo demás, los problemas vinculados con la identidad sexual (incluidos los fenómenos de transexualidad e intersexualidad), ponen de manifiesto el creciente entrelazamiento entre ética, medicina y derecho en las sociedades actuales (Jan M. Broekman, "Interwinements of Law and Medicine", Leuven Law Series, Leuven University Press, Lovaina, 1996, Van Neste, F. "Recht en Ethiek ten aanzien van de Geneskunde" –Derecho y ética con relación a la medicina–, en "Ethischek Perspectieven" Katholieke Universiteit Leuven, año 3, marzo de 1993), sin desmedro de la integración de otros saberes (en el caso, en particular con la psicología, la psiquiatría y la sociología), cuya lectura inter y transdisciplinaria es de la esencia de la bioética" (puede asimismo verse el libro de autoría del suscripto "Bioética, Derecho y Ciudadanía", –Capítulos VII y XVI–, Ed. Temis, Bogotá, 2005, doctrina y jurisprudencia allí citada).

Estamos aquí en presencia de conductas auto referentes que implican, además el reconocimiento del derecho "a la diferencia", el respeto a una decisión personal de quien, como en el caso de la persona a quien se atribuye la falta bajo tratamiento, se viste de la manera en que lo hacía al momento de la constatación policial. Es que "la diferenciación de los sexos pone inmediatamente de relieve los valores fundamentales de nuestra sociedad" (Jan M. Broekman, "Bioética con rasgos jurídicos", Ed. Dilex S.L., Madrid 1998, pág. 149), agregando el mismo autor que "en el caso de la transexualidad, se produce un desarrollo de la personalidad mediante

el cual se configura una discrepancia entre su identidad cotidiana y jurídica. El mundo de la vida, el mundo de los sentimientos y el mundo social del afectado poseen características que se encuentran y permanecen en contradicción con lo fijado en la partida de nacimiento...El transexual experimenta una ruptura en su existencia que es causada por la separación entre las realidades jurídicas y cotidiana..." (ob. cit., pág. 157).

"...La mentada previsión legislativa de cuna positivista, pretende sancionar a un individuo por una característica personal, atribuyéndose el Estado el derecho de juzgar a un ciudadano por una elección sexual, ocultándose en la figura que reprime el travestismo una discriminación homosexual...", (Ver: Sentencia de la Dra. Jorgelina Camadro, Titular del Juzgado Correccional N° 1 Departamental, en causa n° 47, fallo del 30/12/98 Rn° 72.

En razón de las consideraciones que anteceden resulta notorio que la previsión del art. 92 inc. "e" del Cód. de Faltas dec. ley 8031 t.o. se torna manifiestamente incompatible con derechos y garantías de jerarquía constitucional, en particular en cuanto viola la protección constitucional a la esfera de privacidad de las personas (arts. 19 de la Constitución Nacional y 26 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As.), sin perjuicio de importar al mismo tiempo una discriminación ilegítima violatoria asimismo de derechos y garantías reconocidas en Tratados y Declaraciones en materia de derechos humanos y de expresas normas constitucionales (arts. 65 inc. 22 de la Constitución Nacional; 10, 11, 12 inc. 3ro., 15, 26, 56, 57 de la Constitución de la Pcia. de Bs. As. según reforma de 1994, arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 2, 3, 11 y ccdtes. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Cabe añadir por último que el art. 57 de la Constitución Provincial estatuye expresamente que toda norma que contrariare a las declaraciones, derechos, libertades y garantías reconocidas en la Constitución, "o que impongan al ejercicio de las libertades y derechos reconocidos en ellos, otras restricciones que la que los mismos artículos permiten serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces", precepto que por lo tanto en el caso sometido a decisión no sólo faculta sino obliga a declarar la inconstitucionalidad de la disposición contenida en el art. 92

inc. "e" del Cód. de Faltas ley 8031 t.o., de lo cual deriva que la conducta atribuida a W. A. M. resulta atípica a los efectos del Derecho Penal Contravencional, debiendo por lo tanto ser absuelto con relación a la falta contemplada en el citado artículo 92 inc. "e" del Cód. de Faltas dec. ley 8031 t.o.

Por todo ello, citas constitucionales, legales, jurisprudenciales y doctrinarias efectuadas, resuelvo: 1) Absolver libremente y sin costas a W. A. M., de circunstancias personales ya citadas, por la imputación de la conducta tipificada en el art. 68 del Cód. de faltas; 2) Declarar inconstitucional la disposición contenida en el art. 92 inc. "e" del Código de Faltas dec. ley 8031 t.o., en su aplicación al caso concreto sometido a decisión judicial y en consecuencia absolver libremente y sin costas a W. A. M., respecto de la presunta falta que le fuera atribuido. (arts. 136, 3 y ccdtes. del Cód. de Faltas dec. ley 8031 t.o., 227 y 269 C.P.P. t.o. ley 10.358). — *Pedro F. Hooft.*