

Exhibiciones Obscenas Objeto Requisitos Exhibicion De Genitales

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Exhibiciones obscenas. Objeto. Requisitos. Exhibición de genitales

Por mayoría, se confirma la sentencia que absolvió al imputado por el delito de exhibición obscena (art. 129 CP), en tanto que de los hechos relatados se evidencia una situación conflictiva entre vecinos, sin embargo la exhibición de los genitales en el medio de una disputa no puede calificarse como "obscena" en los términos del artículo 129 1º párrafo del Código Penal.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de marzo de 2016, se reúnen los integrantes de esta Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dres. Elizabeth A. Marum, Sergio Delgado y Marcelo P. Vázquez, a los efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Sra. Fiscal de Grado que obra a fs. 67/74 del presente del que; **RESULTA:** I. - Que a fs. 1/5 obra el requerimiento de juicio por el que el titular de la acción le atribuye a S. V., W. A., los siguientes hechos: 1) el ocurrido el 4/1/2015 a las 21 hs. oportunidad en que el imputado domiciliado en el ** ubicado en la ** * de la calle R. de J. ** de esta ciudad se apersonó en la unidad de la ** * del mismo inmueble perteneciente al vecino J. B., V., de nacionalidad francesa, y en su presencia comenzó a insultarlo con frases como "¿sos un chorro, un hijo de puta, te voy a matar, tu mujer es una prostituta?" y a empujarlo con sus dos manos contra el pecho de aquél y luego exhibirle contra su voluntad sus genitales por fuera de su pantalón; 2) el sucedido minutos antes, del mismo 4 de enero de 2015 aproximadamente a las 21 hs. desde la puerta de su unidad, ya en el pasillo común del inmueble ubicado en la calle R. de J. *** de este medio el imputado S. V., W. A., se bajó los pantalones agarrándose con una de sus manos sus genitales comenzó a tocárselos y a agitarlos como si estuviera masturbándose, acción que duró unos segundos. Los hechos fueron calificados en la conducta prevista y reprimida por el art. 129 1º párr. del CP, consistente en exhibiciones obscenas.

II. - Que los días 5, 8 y 13 de octubre de 2015 se llevó a cabo la audiencia de debate, según consta a fs. 37/50, luego de la cual la Sra. Juez de grado, Dra. Susana Beatriz Parada dispuso absolver al imputado respecto de los hechos atribuidos. Los fundamentos de la sentencia obran a fs. 52/65. III. - Que a fs. 67/74 se agrega el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de grado contra la sentencia supra mencionada en el que solicita que se revoque la decisión cuestionada en los términos del art. 287 CPP CABA por resultar la materia puesta en crisis una cuestión de puro derecho. A tal efecto, se agravia por entender que: 1) En lo que respecta a la materialidad del hecho, sostiene que en principio el imputado reconoció haberse bajado los pantalones y haber exhibido sus genitales. En ello fueron contestes tanto el denunciante como su esposa, y el hecho que se tratara de una situación de conflictividad de larga data no justifica la situación, sino que constituye la base para la denuncia efectuada por hostigamiento. Por otra parte, los denunciantes hicieron saber que los problemas databan desde fines del año 2012, habiendo existido agresión física y verbal. Considera que la Magistrada le dio mayor relevancia jurídica a los dichos del encartado, los que no han podido acreditarse de modo alguno, por el contrario el conflicto tiene su origen en su actitud agresiva. Señala que no solo se cuenta con los dichos de V., sino además con lo expuesto por la Sra. E. D. O. y un DVD cuyas imágenes fueron captadas por una de las cámaras de seguridad y no fueron editadas; 2) La interpretación efectuada por la Magistrada, referida a que la exhibición efectuada revista una connotación sexual resulta errónea. A tal efecto, analiza cada uno de los elementos típicos de la figura en cuestión y sus alcances. Cita doctrina y jurisprudencia en sustento de su postura. En el caso, refiere que el imputado llevó a cabo su accionar ilícito en un lugar privado de acceso público -en el pasillo del ** - y obligó a sus vecinos a ver su miembro genital contra su voluntad, y es claro que las circunstancias de tiempo y lugar que rodearon al hecho antes descripto no dan la pauta de ser socialmente aceptadas. Por ello, sostiene que la Magistrada ha incurrido en un error de interpretación de la ley al darle un alcance a la norma tipificada en el art. 129 CP el cual no posee; 3) Hace reserva de cuestión federal. IV. - Que el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Martín Lapadú, en su Dictamen N° 236/FCE/15, sostiene el recurso de la Fiscal de grado y solicita se haga lugar al recurso de apelación articulado y se revoque el decisorio atacado condenando al imputado. Refiere que en el caso no se encuentran controvertidos los hechos ni la participación del imputado en ellos, extremos que quedaron debidamente acreditados a partir de la prueba producida. Comparte con su par de grado y sostiene su postura referida al alcance del tipo legal en cuestión (fs. 82/85). V. - Que al momento de contestar la vista conferida el Sr. Defensor de Cámara, Dr. Emilio Antonio Cappuccio, solicita que se confirme la sentencia absolutoria dictada por la Magistrada, y en su caso se declare la inconstitucionalidad del tipo penal previsto por el art. 129 1º CP. Expresa, en principio, que el recurso introduce cuestiones de hecho y prueba ligadas al contexto en que se habría producido el hecho, sin embargo en su opinión la crítica efectuada no demuestra una violación a las reglas de la sana crítica racional que justifique una modificación de la decisión adoptada por el tribunal de juicio. Sumado a ello, refiere que la impugnante pretende introducir prueba en forma extemporánea al invocar una serie de legajos judiciales que no fueron ofrecidos para el juicio. Por otra parte, expresa que al tratarse de cuestiones de hecho y

prueba, esta Sala no podría revocar la sentencia y condenar al imputado, sino únicamente anular el fallo y el juicio y ordenar un reenvío para la sustanciación de un nuevo juicio. Sostiene la inconstitucionalidad del art. 286 2º párr. CPP CABA. En cuanto al concepto de obscenidad, refiere que la crítica carece de todo peso pues no solo no ha agregado nada al caso sino que tampoco controvierte la razonabilidad y corrección del fallo. Finalmente, y solo para en el supuesto que este Tribunal comparta la visión del Ministerio Público Fiscal, introduce un planteo de inconstitucionalidad del art. 129 primer párrafo CP. Por último, y para el caso en que se resuelva en sentido contrario al solicitado, efectúa reserva de recurrir ante el Tribunal Superior de Justicia y del caso federal.

VI. - Que con fecha 16 de febrero se desarrolló la audiencia de visu con el imputado, y posteriormente la dispuesta por el art. 284 del CPP CABA, en la que ambas partes alegaron verbalmente sobre los motivos del recurso, y pasaron los autos a sentencia. El acta de la audiencia obra a fs. 103/105. La Dra. Elizabeth A. Marum dijo: PRIMERA CUESTIÓN: En primer lugar, cabe expresar que el recurso ha sido interpuesto contra una sentencia definitiva, declarada expresamente apelable conforme lo dispone el art. 251, último párrafo del CPPCABA, y reúne las condiciones formales legalmente exigidas por el art. 279 de dicha norma, en cuanto a la forma y el plazo para su presentación, por lo que ninguna duda existe acerca de que resulta procedente.

SEGUNDA CUESTIÓN: Admitido el remedio procesal intentado, y en cuanto al fondo de la cuestión traída a estudio, cabe analizar los agravios esgrimidos por la Sra. Fiscal de grado, los que fundamentalmente se circunscriben a cuestionar la valoración de la prueba realizada por la Juez a quo en la sentencia recurrida y la tipicidad de la conducta atribuida al imputado. A tal efecto, y previo a efectuar consideración alguna, es dable aclarar que las pruebas testimoniales, documentales, y fílmicas incorporadas a la audiencia de juicio (de acuerdo a lo que surge del registro escrito y video fílmico) serán valoradas teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia conforme las pautas de la sana crítica racional que implica libertad de convencimiento sometido a las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología. En relación con las reglas de la sana crítica, he afirmado que con el actual sistema de enjuiciamiento oral ha adquirido vigencia este principio, por el cual no se impone a los magistrados regla o fórmula para apreciar la prueba. Es decir, que se les permite seleccionar aquella que a su criterio conduzca a descubrir la verdad de los hechos en litigio, exigiéndosele solamente que expresen su más razonada y sincera convicción en punto a la realidad que se juzga (Causa N° 14474-04-CC/13 ?Legajo de juicio en autos Saucedo Héctor Raúl s/ inf. art. 184 Inc. 5 del CP?, rta. el 17/3/2015; entre otras). A mayor abundamiento, cabe recordar que la postura de este Tribunal, en cuanto a la valoración de la prueba, es conteste con la que sostiene la Corte Suprema de la Nación que ha afirmado ?(l)o único no revisable es lo que surja directa y únicamente de las posibilidades reales y -en el nivel jurídico- porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria... exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas y que debe apreciarse en cada caso... ? (CSJN, C. 1757. XL. Causa N° 1681 ?Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa?, rta. el 20/09/2005).

En los presentes actuados la titular de la acción le atribuyó a S. V., W. A., los siguientes hechos: 1) el ocurrido el 4/1/2015 a las 21 hs. oportunidad en que el imputado domiciliado en el ** ubicado en la ** * de la calle R. d. J. *** de esta ciudad se apersonó en la unidad de la * * del mismo inmueble perteneciente al vecino J., B. V., de nacionalidad francesa, y en su presencia comenzó a insultarlo con frases como ?sos un chorro, un hijo de puta, te voy a matar, tu mujer es una prostituta? y a empujarlo con sus dos manos contra el pecho de aquél y luego exhibirle contra su voluntad sus genitales por fuera de su pantalón; 2) el sucedido minutos antes, del mismo 4/1/2015 aproximadamente a las 21 hs. desde la puerta de su unidad, ya en el pasillo común del inmueble ubicado en la calle R. d. J. *** de este medio el imputado S. V., W. A., se bajó los pantalones agarrándose con una de sus manos sus genitales comenzó a tocárselos y a agitarlos como si estuviera masturbándose, acción que duró unos segundos. Los hechos fueron calificados en la conducta prevista y reprimida por el art. 129 1º párr. del CP, consistente en exhibiciones obscenas. Ahora bien, el artículo 129 del CP dispone que ?Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros...? (el destacado es propio). Ello así, y en cuanto a los alcances del tipo penal en cuestión, cabe realizar algunas consideraciones de conformidad con lo que he expresado en oportunidad de emitir mi voto, el 11/9/2014, en la causa N° 8349-00-00/13 ?Meaurio, Lorenzo y otros s/art. 149 bis y 129 CP? de la Sala III de esta Cámara. Al respecto, y tal como señala D., el pudor debe entenderse como sentimiento medio de decencia sexual. Este sentimiento es el que pone límites a las manifestaciones de lo sexual que se pueden hacer a terceros, al margen de las relaciones de carácter privado, en las que los límites de las manifestaciones están condicionados por la voluntad de los sujetos que la integran (Donna, Edgardo Alberto, ?Derecho Penal, Parte especial, Tomo I, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 685 y sgtes.). Asimismo, afirma la doctrina que el pudor se ataca por medio de la obscenidad. El diccionario de la real academia española define lo obsceno como aquello ?impúdico, torpe, ofensivo al pudor?. Es decir que, partiendo de la base de esta definición académica, obscenas serían aquellas exhibiciones de partes

que deberían estar cubiertas y ello limitado a las que revistan un contenido sexual. Si bien la concepción de "obscenidad" ha sido considerada como imprecisa, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que lo obsceno no es sólo lo inmoral, lo impúdico, sino aquello que se relaciona con una expresión torpe o excesiva de lo sexual, es decir, por su predominante tendencia a excitar los apetitos sexuales o a hacer apología de la lascivia (D'Alessio, Andrés José, "Código Penal de la Nación, Comentado y anotado- Parte especial" Tomo II, Segunda Edición, La ley, pág. 290). En este sentido C. y B. afirman que lo obsceno es un modo de manifestación de lo sexual que depende de cómo se exprese esa faceta de la actividad humana: un desnudo puede ser o no obsceno según la actitud con que se lo exhiba, o las circunstancias en que se lo haga, dependiendo también de criterios sociales sobre el pudor ("Derecho Penal, Parte Especial, T. 1, 7° ed., Ed. Astrea, Bs.As., pág. 253). De ello surge, y tal lo debatido por las partes en la audiencia ante esta Cámara, que para ajustar una conducta a este tipo penal, se requiere que el que se descubre lo haga con una evidente "intención sexual". En este sentido sostiene Muñoz Conde que: el tipo subjetivo exige la intención del autor de involucrar a la víctima con su acción en un contexto sexual, por lo que quedan excluidos actos que, objetivamente, puedan ser considerados como exhibición de órganos genitales, pero no de "exhibicionismo", ya que normalmente se realizan sin intención de provocar sexualmente" (Baigún- Zaffaroni, "Código Penal Comentado, Parte Especial, T. 4, Ed. Hammurabi, pág. 795). En igual orden de ideas, la doctrina española ha dicho que para que un acto de exhibición obscena sea considerado como tal debe reunir dos requisitos: 1) Incuestionable carácter sexual y 2) Entidad bastante para entrañar un ataque al bien jurídico. Respecto al primer requisito se sostiene que será sexual toda acción incitadora "a priori" del apetito venéreo o apropiada para satisfacerlo. Respecto del segundo, además de ser el acto de carácter sexual, debe ser lo suficientemente considerable, por lo que debe ir más allá de un comportamiento efusivo o vulgar e ingresar en los actos que se realizan dentro de la más reservada intimidad, pues serán estos últimos los que afectarán al bien jurídico. En este sentido, Orts Berenguer, Suárez y Rodríguez definen a los actos obscenos como aquellos de carácter inequívocamente sexual y grave, sean de la orientación sexual que sean, a lo que agregan como elemento subjetivo del injusto que el acto se perpetre con ánimo libidinoso (Casariego López, Juelio E "Exhibiciones obscenas en la vía pública", LL, T. 200- F, pág. 559). Siendo ello así, para sostener que la conducta llevada a cabo por S. V., en los términos atribuidos por la Fiscal de grado, pueda constituir exhibiciones obscenas de conformidad con lo dispuesto en el art. 129 CP no es posible prescindir del análisis del contexto fáctico en el que el hecho se desarrolló. Así, y de la lectura de la sentencia, se desprende que la Magistrada, luego de realizar un análisis de la prueba producida en la audiencia de juicio, concluyó que "... las exhibiciones que el Sr. S. V., W. A. hizo de sus genitales carecen del contenido sexual al que alude el art. 129 del Código Penal, por cuanto no se vislumbra en ellas contenido lascivo o sexual, se asemejan a la reacción de un hombre común, frente al agobio que le podría producir un problema de larga data, lo que no quiere decir que no sea moralmente vituperable ni que deba justificarse, pero sí que carece del contenido obsceno que requiere el tipo penal, carácter que tampoco pudo probar la Sra. Fiscal ya que no hizo referencia alguna al respecto ...?" (fs. 63) lo que la llevó al dictado de la sentencia absolutoria. Ello así, debo adelantar que comparto el análisis efectuado por la Sra. Juez de grado en la sentencia impugnada y la solución a la que arriba, por las consideraciones que a continuación expondré. En principio, debo señalar que no existe controversia alguna respecto al hecho que el Sr. S. V., W. A. el día el 4/1/2015, aproximadamente a las 21 hs., en el pasillo común del inmueble ubicado en la calle R. d. J. *** de esta ciudad, se bajó los pantalones y le exhibió sus genitales a su vecino J., B. V., los que además se tomó con una mano tocándolos y agitándolos. Ello surge claramente no solo de la prueba videofilmica incorporada, sino además de los dichos del denunciante y su esposa, y lo expuesto por el imputado quien reconoció haberse bajado los pantalones. Sin embargo, y tal como ha señalado la Judicante, del análisis de las pruebas rendidas en la audiencia de juicio no es posible concluir que las exhibiciones realizadas por S. V., W. A. puedan ser calificadas como obscenas en los términos del art. 129 1° párr. CP. Sí en cambio, de lo expuesto por los declarantes en la audiencia se advierte claramente la existencia de una relación conflictiva entre las partes, sin que pueda establecerse cuál fue su origen, que dio lugar a varias denuncias y generó una disputa entre los vecinos. Ahora bien, el imputado reconoció haberse bajado los pantalones y a preguntas de la titular de la acción refirió que lo hizo de "bronca", que estaba en la puerta de su departamento y no había nadie. Asimismo, expresó que el denunciante quería que le pegara pero no es su costumbre hacerlo y reaccionó. El señor lo insultó, le dijo sudaca mil veces... que lo hizo en la puerta de su casa no en el pasillo... Que sabía que las cámaras lo estaban filmando por eso lo hizo para que lo dejara entrar a su casa, porque si no, no lo dejaba entrar le decía que era un ocupa, y a su hija lo mismo...? (fs. 38/vta.). Sumado a ello, relató los diferentes incidentes y problemas vecinales existentes con el Sr. V. Por su parte, el Sr. V. refirió que fue su esposa quien le hizo saber que el imputado estaba en el pasillo "haciendo cosas malas" lo que motivó que saliera a la puerta y "ve al vecino exhibiéndole sus partes y su mujer lo siguió hasta la puerta y vio todo lo que pasó y esa persona siguió insultándolo, hostigándolo y amenazándolo, estaba en un estado bastante agitado ... Agregó, que él salió a la puerta de su casa y vio a su vecino con el pantalón abajo y le preguntó qué era lo que estaba haciendo y ahí lo empezó a gritar, a insultar, a amenazar y lo empuja, luego de eso él ... seguía con eso, que le pidió explicación pero intervino la mujer de su

vecino para hacerlo entrar, pero que seguía amenazándolo e insultándolo y la mujer se lo llevó al fondo de la casa supone ... ?.

También se refirió a los diferentes conflictos existentes con el imputado (fs. 39/40 vta.). En cuanto a las imágenes grabadas en el DVD que fuera reproducido en la audiencia de juicio, en la primera de ellas se puede observar al imputado, parado en la puerta de su domicilio en el pasillo del PH, donde se baja los pantalones, realiza gestos y vocifera hacia la cámara - sin que pueda advertirse lo manifestado pues la videofilmación carece de audio- en un aparente estado de alteración. En la segunda, se advierte que se inicia una discusión con su vecino, lo empuja, ofuscado, se baja los pantalones haciendo gestos, y se advierte que -en un par de ocasiones- una persona desde adentro de su domicilio intenta que ingrese a la vivienda. Así pues, y de las pruebas hasta aquí consignadas no surge que las acciones del imputado hayan tenido algún sentido sexual que conlleve a poder afirmar que S. V., W. A. exhibió sus genitales en forma obscena (tal lo exigido por el art. 129 CP), sino que se trató de una reacción a un estado de ofuscación y conflictividad de larga data con su vecino, que si bien resulta ser moralmente repudiable no es punible penalmente. Fue únicamente la esposa de V., la Sra. E. d. O., quien hizo referencia a que a su entender el imputado ¿se estaba masturbando?, sin embargo después reconoció que no vio todo el acto concreto y que no se quedó observando todo. A ello agregó que ¿Alcalá tenía los pantalones bajos al igual que la ropa interior que lo que vio es a un hombre que estaba mostrándose, que no estaba en short, que este hombre no tenía sus pantalones no tenía su ropa interior y se estaba tocando su miembro, es decir lo que él estaba mostrando era su miembro y el gesto y lo que dijo tiene que ver con que justamente estaba sin ropa y lo que le estaba mostrando a su marido y que le estaba diciendo guarangadas, le decía a su marido ¿chúpame ésta " o ¿agárrame ésta?, y lo que este hombre se estaba tocando era su pene, que lo que estrictamente estaba haciendo era eso ... ? (fs. 40vta./41 vta.). Por otra parte, tampoco lo afirmado por testigo fue imputado por la Fiscal quien tanto en el requerimiento como durante la audiencia de juicio sostuvo que el imputado se agitó sus genitales como ¿si estuviera masturbándose?. En consecuencia, y del el análisis de las pruebas rendidas en la audiencia surge que el hecho atribuido al S. V., W. A. no resulta adecuado objetivamente al tipo penal previsto y reprimido por el art. 129 1º párr. CP por carecer, las exhibiciones, del carácter obsceno exigido por la norma. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido que ¿La mera exhibición del cuerpo desnudo o de partes de éste no constituyen obscenidad en los términos del art. 129 CP si no han realizado actos o tenido actitudes tendientes a revestir desnudez de una finalidad obscena? (TOC n° 9 27/10/98, ?P.S.A2, LL, Suplemento de Jurisprudencia Penal, ejemplar del 30/6/99, p. 50 cit. por Baigún- Zaffaroni, op. Cit. pág. 79). Asimismo, se ha sostenido que ¿. La doctrina ha puesto especial cuidado en determinar la dimensión de los actos exhibicionistas para su encuadre en el tipo penal, exigiendo para ello que tengan cierta gravedad, para no confundirse con comportamientos efusivos cuya práctica en público está comúnmente aceptada ni con actitudes inmorales o simplemente vulgares .? (Buompadre, Jorge Eduardo ¿Tratado de derecho penal- Parte especial- tomo I- Ed. Astrea, 3a edición actualizada y ampliada, Bs. As. 2009, pág. 501). Por lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia recurrida, fs. 52/65 en cuanto absuelve a S. V., W. A. de la imputación formulada por la titular de la acción. La forma en que se ha resuelto, me exime de expedirme acerca de la inconstitucionalidad del art. 129 CP planteada por la defensa, y de los cuestionamientos efectuados en relación al procedimiento establecido en el art. 286 CPP CABA. Y así VOTO. El Dr. Marcelo P. Vázquez dijo: PRIMERA CUESTIÓN Que coincido con la Dra. Marum en cuanto a la admisibilidad del recurso de apelación y sus fundamentos me remito por razones de economía procesal. SEGUNDA CUESTIÓN: Sin embargo en cuanto al fondo de la cuestión traída a estudio, cabe adelantar que no coincido con la solución que propone la Dra. Elizabeth Marum, por los argumentos que a continuación expondré. En principio, y sin perjuicio de las consideraciones que efectuaron las partes en relación a la prueba, la cuestión debatida es sin lugar a dudas una cuestión jurídica fundada en la adecuación o no de la conducta atribuida a S. V., W. A. al tipo penal previsto y reprimido por el art. 129 1º párr. CP. En los presentes actuados la titular de la acción le atribuyó a S. V., W. A., los siguientes hechos: 1) el ocurrido el 4/1/2015 a las 21 hs. oportunidad en que el imputado domiciliado en el * ubicado en la * * de la calle R. d. J. *** de esta ciudad se apersonó en la unidad de la * * * del mismo inmueble perteneciente al vecino J. B. V., de nacionalidad francesa, y en su presencia comenzó a insultarlo con frases como ¿sos un chorro, un hijo de puta, te voy a matar, tu mujer es una prostituta? y a empujarlo con sus dos manos contra el pecho de aquél y luego exhibirle contra su voluntad sus genitales por fuera de su pantalón; 2) el sucedido minutos antes, del mismo 4/1/2015 aproximadamente a las 21 hs. desde la puerta de su unidad, ya en el pasillo común del inmueble ubicado en la calle R. d. J. *** de este medio el imputado S. V., W. A., se bajó los pantalones agarrándose con una de sus manos sus genitales comenzó a tocárselos y a agitarlos como si estuviera masturbándose, acción que duró unos segundos. Los hechos fueron calificados en la conducta prevista y reprimida por el art. 129 1º párr. del CP, consistente en exhibiciones obscenas. Ahora bien, el artículo 129 del CP dispone que ¿Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciese ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros...? (el destacado es propio). Así pues, y si bien no desconozco que se encuentra controvertida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia si el hecho de exhibir los órganos genitales conlleva a la obscenidad requerida por el tipo penal en cuestión, en mi opinión sin perjuicio de cual haya sido el motivo que llevó a S. V., W. A. a

realizar dicha conducta en dos oportunidades, sumado a los gestos que ha realizado tomándose los genitales, el solo hecho de exhibirlos conlleva a que la conducta se adecue al tipo penal previsto en el art. 129 CP. Al respecto, se ha afirmado que No es posible hablar de algo obsceno sin tener en consideración la valoración social sobre el acto. En realidad de lo que se trata, es de aplicar los criterios dogmáticos generales para comprobar si una acción es o no objetivamente típica. Entonces, en el caso que nos ocupa, la determinación de lo obsceno de un comportamiento, dependerá de si es o no socialmente aceptado. Aquí como enseña Creus, no tienen vigencia los criterios personales de pudicia. Así lo ha entendido la jurisprudencia al afirmar que la determinación del carácter obsceno de un acto, depende de valoraciones sujetas a circunstancias de tiempo y lugar, pues se trata de un concepto dinámico y variable. Por eso acertadamente dice Creus "un desnudo puede ser o no obsceno según la actitud con que se lo exhiba o las circunstancias en que se lo haga?... ? (D'Alessio, Andrés José, "Código Penal de la Nación, Comentado y anotado- Parte especial? Tomo II, Segunda Edición, La ley, págs. 290/291) (el destacado es propio). "... La exhibición de los senos en la vía pública por parte de un travestido, de modo tal que puedan ser involuntariamente observados por terceros encuadra en el delito de exhibiciones obscenas previsto en el art. 129 del Cód. Penal, ya que se trata de un tipo penal que tiende a proteger el pudor de quien no está obligado a presenciar exhibiciones por él no buscadas, y el hecho de que el fin perseguido haya sido la oferta de sexo no modifica la referida calificación legal (del voto en minoría del doctor Rodolfo Ponciello de Argerich) ...? (CNCiv. Y Corr. Sala V 9/11/2004, ?L., GE.? LL, ?Suplemento de Jurisprudencia Penal?, ejemplar del 30/6/05, ps. 29 a 39), cit por Baigún- Zaffaroni, ?Código Penal Comentado, Parte Especial, T. 4, Ed. Hammurabi, pág 798). Sumado a ello, y sin perjuicio de los cuestionamientos efectuados por la Defensa respecto a la aplicación o no del fallo ?Capalbo?, atento que las circunstancias de hecho eran distintas a las del sub examine debo señalar que comparto lo afirmado en cuanto a que Si bien el elemento normativo obsceno es indeterminado, existe un umbral de obscenidad respecto del cual, en líneas generales, hay un acuerdo bastante extendido como para afirmar que la conducta de bajarse los pantalones, en la vía pública, exhibiéndole a otra persona, inopinada y deliberadamente, el pene y los genitales, acompañando su acción con determinados gestos y frases, ingresa en el ámbito de protección de la norma a la que se refiere el tipo penal cuestionado, tanto en su faz objetiva como subjetiva. Si no se trata ni de acciones privadas o fisiológicamente accidentales, ni de actividades artísticas o culturales de ninguna índole, ni de acciones realizadas en lugares públicos o semi públicos con la advertencia correspondiente para evitar la afectación a terceros, sino que se trata de una conducta sorpresivo, llevada a cabo en la vía pública, ... ? (C.N.Crim. y Correc., Sala I, c. 26.426 ?Capalbo, Javier B., rta. el 19/8/2005). Por lo expuesto, considero que la conducta atribuida a S. V., W. A. reúne los requisitos legales para ser considerada típica en los términos del art. 129 1° CP, de las pruebas obrantes en la presente se desprende que el imputado exhibió sus genitales en dos oportunidades, tocándose y agitándose, mientras se encontraba en el pasillo del ** en el que vive. La primera de las ocasiones fue dirigiéndose hacia la cámara de seguridad y la segunda ya en presencia del denunciante y su esposa. Es en virtud de las consideraciones realizadas que corresponde revocar la sentencia y condenar al imputado, por ello corresponde que me expida en relación a la inconstitucionalidad de la norma en cuestión de conformidad con lo planteado por la Defensa. Al respecto, ya me he pronunciado en precedentes de esta Sala (Causa N° 16049-00-00/14 ?Capuñay Llauri, José Luis y otros s/ inf. art. 129 del CP ?, rta. El 6/10/2015, entre otras), en los que señalé que "... la declaración de inconstitucionalidad de una ley es un acto de suma gravedad institucional, que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico y, en caso de duda debe estarse por su constitucionalidad. Sólo debe acudirse a aquélla cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 285:322, entre muchos otros). Es por ello que los tribunales de justicia deben imponerse la mayor mesura, mostrándose tan celosos en el uso de sus facultades como del respeto que la Ley Fundamental asigna, con carácter privativo, a los otros poderes (Fallos: 242:73; 285:369; 300:241, 1087) ...? (CSJN, ?Administración Fed. de Ingresos Públicos c. Abramovich, Jacobo, rta. el 27/6/2002). En efecto, y tal como he afirmado de la lectura de la norma debe surgir clara e indudable repugnancia con las cláusulas constitucionales. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que ?el grado de acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por otros poderes...constituyen puntos sobre los cuales no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de las facultades propias de aquellos no se constate irrazonable, inicuo o arbitrario? (Bank Boston N.A. c/ Garavano, Ariel Rodolfo y otro s/ Ejecución hipotecaria, rta. el 17/3/09). Así, está vedado a los jueces ?conocer respecto del acierto o inconveniencia con que han sido ejercidas las atribuciones propias de los gobiernos, pues de otra manera se sustituiría a ellos en la dirección de la política? (Fallos 226:688, 242:73, 285:369, entre otros). Siendo así, no cabe duda alguna de que la petición debe ser sustentada en argumentos serios y sólidos, los que cabe adelantar, no se advierten en el caso. Expuso el Defensor de Cámara que la norma es inconstitucional por la imprecisión de la norma prohibitiva (que se vale de un concepto variable, ambiguo y ciertamente inasible), lo que a su criterio conlleva a una violación al principio de legalidad, culpabilidad y a la garantía de defensa en juicio. De la redacción del art. 129 CP -antes citado- se desprende que el derecho penal sanciona a quien ejecuta o hiciere ejecutar por otros actos ?obscenos? convirtiendo al tipo en cuestión en aquellos denominados

¿abiertos?. La doctrina, refiriéndose a tipos abiertos, sostiene que en muchos casos la materia de prohibición no está descrita en forma total y exhaustiva por medios de elementos objetivos, a diferencia de los llamados tipos cerrados (Roxin, Claus "Teoría del tipo penal" -Tipos abiertos y elementos del deber jurídico-, Ediciones De Palma, 1979, pg.6). Aclarado ello es dable mencionar que en una ocasión en la que se cuestionaba la vaguedad del término "obsceno" que contenía la antigua redacción del artículo 128 del CP, la CSJN sostuvo que la imprecisión de los términos utilizados por los tipos no implican su descalificación constitucional. En efecto, en el fallo "Mussoto, Néstor Julio y otro s/ recurso extraordinario el máximo tribunal federal expresó que "...si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujetos a punición la ley previa no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada y no existe obstáculo constitucional alguno para que cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural". En este mismo sentido sostuvo el Procurador General en el fallo mencionado que las normas penales no son sino descripciones de conductas que el legislador estimó antisociales y por ello les anexó una amenaza de pena o sanción y que el tema específico e indispensable del poder judicial para el ejercicio de su ministerio es la determinación del sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso. Siendo así, aun cuando los límites de los términos expuestos en las normas sean imprecisos, no cabe concluir que sea contrario a la constitución ni que afecte el derecho de defensa. En efecto, la palabra "obsceno" es comprendida por el común de la gente de forma lo suficientemente clara como para conocer o prever por anticipado cuando su acción puede ser objeto de reproche. Es claro, entonces, que en el caso la exhibición de los genitales a una niña en la vereda encuadra en el término enunciado por la norma. En definitiva, no es posible achacar la inconstitucionalidad de la norma en cuestión so pretexto de haberse vulnerado el principio de legalidad y el derecho de defensa. Al respecto se ha dicho que: "en modo alguno atenta contra el principio de legalidad, ni contra el derecho de defensa, puesto que como es sabido, aunque el tipo penal se represente como una deducción racional y científica de un acontecer en el mundo, sus términos no tan sólo pueden ser relativamente imprecisos, sino que además la concepción de aquéllos puede ir variando en el tiempo según la inteligencia que le da la sociedad. Lo "obsceno depende del tiempo y del lugar, y por ello, es que resulta un concepto dinámico y variable, imposibilitando una definición unívoca" ...Este aspecto variable y dinámico, lejos de implicar una imposibilidad de desconocer el derecho y un ataque al principio de legalidad, torna la cuestión más asequible al lego..."La Constitución Nacional no debe ser interpretada fuera de la realidad: "el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera". En la interpretación de normas penales no puede adoptarse un temperamento tan restrictivo que termine vaciando de contenido a cualquier norma en la que exista un término dinámico, uno normativo, uno perteneciente al lenguaje común o, inclusive, a desechar todos los tipos penales a los que se denominan abiertos, puesto que ello, no tan sólo no es la voluntad del legislador, sino que además implicaría una grave crisis que atentaría seriamente con la seguridad jurídica..." (Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala IV, Causa 28.344 "Edwards, Rodolfo" del 14/12/2005). Siendo así, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 129 CP impetrado por la Defensa y en consecuencia revocar la sentencia recurrida en cuanto resolvió absolver a S. V., W. A. en orden al delito de exhibiciones obscenas y en consecuencia condenar al nombrado en relación a dicho hecho (arts. 129 CP y 287 CPP CABA). En razón de la solución que propongo, y siendo que tal como he adelantado la cuestión debatida no configura una cuestión de hecho (art. 286 CPP CABA) sino una de derecho (art. 287 CPP CABA), no corresponde que me expida respecto del planteo de inconstitucionalidad efectuado del art. 286 CPP CABA, efectuado por el Sr. Defensor de Cámara. Por último, y en cuanto a la pena a imponer no debe olvidarse que la selección de los factores relevantes para su determinación se ve influida, necesariamente, por la decisión acerca de los fines de la pena (Ziffer, Patricia S., "Lineamientos de la determinación de la pena", Ed. Ad-hoc, segunda edición, reimpresión Bs.As., 2005, pág. 98). Desde este punto de vista, del art. 41 CP se desprende que debe optarse por aquella pena que resulte más eficaz para prevenir la reiteración de la conducta reprochada y resolver el conflicto. Asimismo y sobre la base del principio de culpabilidad, para la graduación de la pena se deben considerar las circunstancias que rodearon al hecho, la extensión del daño causado y, en el caso de comisión culposa, la gravedad de la infracción al deber de cuidado. También son parámetros a valorar los motivos, la conducta anterior al hecho, las circunstancias económicas, sociales y culturales y el comportamiento posterior, especialmente la disposición para reparar el daño, resolver el conflicto, mitigar sus efectos y los antecedentes del imputado. En este caso concreto, y teniendo en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho, las condiciones personales, sociales y económicas del imputado; que no registra antecedentes condenatorios y su conducta procesal, corresponde fijar el monto de la pena en mil pesos (\$ 1000) de conformidad con lo solicitado por la Defensa. En virtud de lo hasta aquí expuesto VOTO por: I.- REVOCAR la sentencia recurrida, obrante a fs. 52/65 vta.) en cuanto absolvió a S. V., W. A. de la

imputación formulada y CONDENAR al nombrado a la pena de mil pesos (\$ 1000) por autor penalmente responsable del delito de exhibiciones obscenas (art. 129 1º parr. CP; II. NO HACER LUGAR a los planteos de inconstitucionalidad de los arts. 129 CP y 286 CPP CABA incoados por el Defensor de Cámara; III.- TENER PRESENTES las reservas efectuadas. Sergio Delgado dijo: I. - Primera Cuestión Admisibilidad El recurso de apelación se interpuso por escrito fundado, dentro del término legal y contra una sentencia definitiva, declarada expresamente apelable (arts. 251 y 279 del C.P.P). II. - Segunda Cuestión Comparto la decisión de la jueza de grado, la conducta desplegada por el Sr. S. V., W. A. resulta atípica. Se le imputó al Sr. S. V., W. A. dos hechos que fueron calificados como configurativos del delito de exhibiciones obscenas, ambos el día 4 de enero de 2015 aproximadamente a las 21 hs., oportunidad en la que el imputado se apersonó en la unidad de ** * del inmueble sito en la calle R. d. J. ***, en el que reside, perteneciente al vecino J., B. V., y en su presencia comenzó a insultarlo con frases como ¿sos un chorro, un hijo de puta, te voy a matar, tu mujer es una prostituta?, lo empujó con las manos contra la pared pegándole sobre su pecho y luego le exhibió contra su voluntad sus genitales quitándose sus pantalones. El segundo hecho, cometido minutos después, en el mismo lugar desde la puerta de donde vive el Sr. V., desde su puerta y en el pasillo común del inmueble ya que es una casa en propiedad horizontal, el imputado se bajó nuevamente los pantalones y agarrándose con una de sus manos sus genitales comenzó a tocárselos y a agitarlos como si estuviera masturbándose, enfrente del Sr. V., acción que duró unos segundos y fue filmada por una cámara de seguridad del inmueble. Luego de analizar la prueba producida en la audiencia de juicio, la magistrada de grado concluyó que las exhibiciones que el Sr. S. hizo de sus genitales carecían del contenido sexual al que alude el tipo penal del art. 129 del CP ?...por cuanto no se vislumbra en ellas contenido lascivo o sexual, se asemejan más a la reacción de un hombre común, frente al agobio que le podría producir un problema de larga data, lo que no quiere decir que no sea moralmente vituperable ni que deba justificarse, pero sí carece del contenido obsceno que requiere el tipo penal... ? (fs. 63). Señaló también que no se advertía que el imputado ?al exhibir sus genitales lo haya hecho con la voluntad de involucrar al denunciante o a la esposa de éste en un contexto sexual de obscenidad, porque esto no fue alegado ni demostrado durante el juicio y lo que sí se verificó fue el contexto de la conflictiva relación de vecindad que existía, referida inclusive por las partes, aunque con ópticas diferentes, no obstante lo cual no se pudo tener por acreditado el aspecto subjetivo del tipo penal... ? (fs. 64vta.). Comparto la valoración de las pruebas existentes que efectúa en su voto la Dra. Elizabeth Marum. En mi opinión y sin perjuicio del carácter agravante que pueda asignársele al comportamiento de quien en el marco de una discusión exhibe sus genitales a otra persona, ello no configura la conducta prevista en el primer párrafo del art. 129 CP. En un caso análogo al presente adherí a lo que dijera la Dra. Manes. Al votar en la causa n° 0008349-00-00/13 ?Meaurio, Lorenzo y otros s/art(s). 149 bis - Amenazas, 129 - Exhibiciones obscenas - CP (p/L 2303)?, resuelta el 11/09/2014, del registro de la sala III, señaló al valorar una conducta similar a la que motiva estos autos, consideraciones que comparto y que debo reiterar en la presente. El hecho de que el imputado se hubiera bajado los pantalones y exhibido su pene, no alcanza para configurar per se la tipicidad de la conducta prevista en el primer párrafo del art. 129 CP, pues para que ello ocurra, deben existir elementos que permitan describir a dicha acción con cierto contenido lascivo o sexual, circunstancias que no se verifican en el caso concreto. Un antiguo fallo de la Cámara del Crimen ha entendido por obscenidad todo aquello que, por lo escrito o la imagen, tiende a excitar los instintos groseros y los bajos apetitos sexuales; es la cualidad de lascivia y de lo lúbrico: es la pompa de la deshonestidad, la licencia impúdica, lo lúbrico, lo inmundo (Cit. por Donna, ob. cit., p. 727). Aquí no es siquiera posible evaluar el tenor sexual del comportamiento de acuerdo con las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se verificaron los hechos, dado que no alcanzaron a constituirse en un acto obsceno y por tanto atentatorio del pudor de quienes lo observaron. Ello es así por la sencilla razón de que carecieron de todo contenido sexual, al haber sido ejecutados -conforme los testimonios colectados de sus protagonistas- en el marco de una reyerta entre dos personas, en la cual (en el presente caso) claramente se recurrió a esa grosería como modo de expresar disgusto, sin contenido sexual o lúbrico alguno. La frase ¿chúpame ésta? no implicó invitación sexual alguna sino un grosero y despectivo modo de rechazar los dichos de su destinatario. En estos autos, la prueba valorada por la a quo acredita que la conducta de exhibir sus genitales desplegada por el Sr. S. V., W. A. fue desplegada en el marco de una discusión por conflictos vecinales de larga data con el denunciante, a modo de provocación claramente injuriosa. Pero no exhibió sus genitales de un modo lascivo o sexual como lo exige el tipo penal del delito de exhibiciones obscenas. En estas condiciones no es posible subsumir la conducta desplegada por el imputado en el tipo penal en cuestión, pues no hay connotación sexual alguna que pueda ser valorada a la luz del elemento normativo ¿obsceno?, por lo que menos aún existirá afectación del bien jurídico tutelado. En este sentido, se ha dicho que ?...lo que se protege es el derecho del sujeto adulto a no ser confrontado con el acto sexual de otro sin su voluntad. Siguiendo en esto a Jäger, se busca evitar la intromisión en la esfera de libertad sexual de los demás. Diez Ripollés ha sostenido que (...) ¿lo que hace punible esas acciones es que involucran al sujeto pasivo en una acción sexual sin su consentimiento, le insertan en un contexto sexual en el que él desempeña un determinado papel sin que haya aceptado previamente tal situación '. Y la forma de involucrarse es variada. En el caso del sujeto exhibicionista, el sujeto pasivo es usado para que otro desahogue sus

deseos sexuales, por lo tanto es un socio a la fuerza de los deseos sexuales del otro? (Donna, Edgardo Alberto, Derecho Penal Parte Especial, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores, p.722). Según lo define Ernesto Ure, pudor es "la reserva, la compostura, la vergüenza, que la generalidad de los miembros de la sociedad guardan, en determinado momento histórico, frente a los asuntos de índole sexual, en especial a los que de manera más o menos explícita hacen alusión al acto sexual" ("La tutela penal del pudor público (en torno al artículo 128 del Código Penal), L.L. 23-333). Por último, siendo atípica la conducta que motivó la causa, el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa resulta abstracto en el caso. Por todo ello corresponde no hacer lugar al recurso de apelación fiscal y confirmar la sentencia apelada. Por lo expresado, el Tribunal por mayoría RESUELVE: CONFIRMAR la sentencia recurrida, obrante a fs. 52/65 en cuanto absolvió a S. V., W. A. de la imputación formulada por la titular de la acción en los presentes actuados. Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter de urgente y devuélvase al Juzgado de origen a sus efectos.

007412E