

## Excepcion De Falta De Accion Por Atipicidad Exhibiciones Obscenas

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Excepción de falta de acción por atipicidad. Exhibiciones obscenas

Se confirma la resolución que rechazó la excepción de falta de acción por atipicidad, al atribuirse al acusado el haber mostrado sus genitales en el marco de una disputa callejera, acompañado ello de frases de contenido sexual y frente a la presencia involuntaria de terceros que ocasionalmente transitaban por el lugar. Es que la aplicación del instituto de excepción se restringe a aquellos casos en los que la atipicidad o la inexistencia de un hecho penalmente relevante surjan de manera patente.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 16 días del mes de mayo de 2017, se reúnen en acuerdo los jueces integrantes de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, los Dres. Marcela De Langhe, Pablo Bacigalupo y Silvina Manes para resolver la presente causa. Y VISTOS: Motiva la intervención de este tribunal el recurso de apelación interpuesto por la defensa a fs. 32/38, contra la resolución de fs. 24/27, apartado I en cuanto dispuso rechazar la excepción de falta de acción por atipicidad, en los términos del art. 195 inc. c) del CPPCABA. Esa parte se agravió en razón de que se habría violado el principio de legalidad, en tanto que el bien jurídico tutelado por la figura penal (art. 129, C.Penal) es la integridad sexual y no el pudor público como erradamente sostuvo el A-Quo. Agregó que de la descripción del accionar del imputado no se desprende contenido sexual alguno. Critica además que se omitió indicar de qué manera se halla presente el requisito subjetivo del ilícito en trato. Efectuó reserva de recurrir ante el TSJ y la CSJN (fs. 32/38). El fiscal ante esta alzada manifestó que en caso de que la Sala hiciese lugar a la petición de la defensa la resolución daría por terminado el caso, razón por la cual se debe fijar una audiencia en los términos del artículo 283 CPPCABA (fs. 43/44). Finalmente el defensor de cámara mantuvo el recurso deducido por su colega de grado a fs. 32/38, destacando que de la lectura del legajo no se advierte que B, haya exhibido sus genitales con ánimo lascivo, o guiado por un instinto sexual pues, en todo caso, la conducta a él atribuida obedeció claramente a una muestra de enojo derivada de la discusión que mantuvo con R y G (fs. 46/47). Cumplidos los pasos y plazos pertinentes, los autos se encuentran en condiciones de ser resueltos. Y CONSIDERANDO: Los Dres. Marcela De Langhe y Pablo Bacigalupo dijeron: I. Admisibilidad La vía recursiva cumple con los recaudos subjetivos y objetivos que habilitan su procedencia, pues el apelante cuenta con legitimidad para su deducción, presentó su escrito en tiempo y forma y el pronunciamiento contra el cual dirige es expresamente apelable (arts. 195, 198 y 279 CPP). Previo a introducimos en el análisis de los agravios, cabe aclarar que no corresponde celebrar la audiencia prevista en el art. 283 del C.P.P.C.A.B.A. Dicho texto legal prevé que el mentado acto procesal procede cuando el recurso de apelación fuere deducido contra una sentencia definitiva o auto equiparable [...], extremo que no adecua al sub lite. Por lo expuesto, y en atención a que no estamos en presencia de los supuestos previstos en la norma aludida, se impone el rechazo de la solicitud cursada por el fiscal de cámara. II. La excepción de manifiesta atipicidad En primer lugar corresponde señalar que en reiteradas oportunidades sostuvimos que la aplicación del instituto de excepción se restringe a aquellos casos en los que la atipicidad o la inexistencia de un hecho penalmente relevante surge en forma patente (causa n° 4081-00-CC/2008, ?Suvia, Mariano Gastón s/infr. art. 189 bis C.P.?, rta.: 15/7/2008; causa n° 32499-01-CC/2008, ?Cairat, Nora s/infr. art. 149 bis C.P.?, rta.: 30/9/2009; causa n° 14625-00-CC/2009, ?Antas, Douglas Germán Ángel s/infr. art. 183 C.P.?, rta.: 09/10/2009; causa n° 39563-00-CC/2009, ?Responsable Hogar del Huerto s/ infr. art. 106 C.P.?, rta.: 25/8/2011; causa n° 56142-02-CC/2010 ?Incidente de apelación en autos Meta, José s/infr. art. 1, Ley 13.944?, rta.: 5/3/2012 y causa n° 50474-00-CC/2010, "Cordero, Raúl Edmundo s/infr. art. 1, Ley 13.944?, rta.: 19/03/2012, entre muchas otras). De acuerdo con la previsión expresa del art. 195, inc. c, CPP, la excepción articulada se basa en un ?manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad (...) respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio?. Esto significa que ya el hecho por el cual el fiscal lleva adelante el proceso debe resultar palmariamente atípico, lo cual no ocurre en el caso. En efecto, se debe destacar que pese a la falta de precisión respecto del concepto de pudor -bien jurídico tutelado por el delito previsto por el art. 129 CP- lo cierto es que el ilícito que nos ocupa consiste en ejecutar o hacer ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas. Por acto obsceno se entiende toda mostración, sea de la persona misma (p.ej., desnudeces de partes pudendas), sea de actividades, actitudes o gestos con significación sexual (cf. Creus, Carlos, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I, 1999, Astrea, p. 225, el destacado no es original). En el caso de autos se atribuye al acusado el haber mostrado sus genitales, en el marco de una disputa callejera mantenida con D. G. R y N. G, en circunstancias en que se desplazaban caminando por la Avenida Santa Fe y Ecuador de esta Ciudad en horas del mediodía. La presencia en este supuesto de la connotación sexual requerida por el tipo penal en trato no puede descartarse de plano como pretende la defensa, pues la acción habría sido acompañada de frases con significación sexual. A ello se suma que la exposición fue

presenciada involuntariamente por terceros que ocasionalmente transitaban por el lugar. Las circunstancias apuntadas difieren del precedente ?D.A.M s/ inf. ley 13944?, del 21/07/16 citado por la defensa a fs. 37. En todo caso, la discusión deberá darse en el marco del debate pues requiere acudir a cuestiones de hecho y prueba que exceden el marco acotado de esta vía. Sobre el tema la jurisprudencia sostiene que '[l]a posible 'atipicidad' de la conducta que aquí se imputa no era de ninguna manera manifiesta, porque para afirmar esa 'atipicidad' se debió acudir a consideraciones anticipadas de naturaleza probatoria...?'. (CFCP, SALA IV, causa n° 1266/2013, caratulada ?ÁLVAREZ, Leonardo Daniel y otros s/ recurso de casación?, rta. 13/02/2014). Por las razones expresadas precedentemente es que no se hará lugar al planteo de excepción presentado por la defensa. La Dra. Silvina A. Manes dijo: 1) Adhiero al análisis de admisibilidad y a las demás apreciaciones efectuadas por mis distinguidos colegas preopinantes, Dres. Marcela De Langhe y Pablo Bacigalupo, en el punto I del voto que suscriben conjuntamente, pero disiento con la solución que proponen, por los fundamentos que seguidamente expondré. 2) En efecto y a diferencia de lo sostenido por mis colegas, entiendo que le asiste razón a la Defensa cuando postula que la conducta imputada en autos, tal como luce descripta en el requerimiento de juicio, no involucra contenido sexual alguno, por lo que corresponde hacer lugar a la excepción de atipicidad introducida por la parte y sobreseer al aquí encausado en orden al hecho por el que fuera formulada requisitoria de juicio. En sentido, el art. 195 inc. c) del CPP de la CABA dispone: ?Excepciones. Durante la investigación preparatoria se podrán interponer ante el/la Juez/a las siguientes excepciones de previo y especial pronunciamiento: ...c) Manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, inexistencia del hecho o falta de participación criminal del/la imputado/a respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio?. Vale recordar en este punto que la excepción de falta de acción por inexistencia de delito es procedente cuando la atipicidad de la conducta investigada surge de modo evidente (Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala V, SMULEWICZ, Salomón, rta. 19/06/2003). El primer párrafo del art. 129 del CP castiga con ?...multa de quince mil pesos al que ejecutare o hiciere ejecutar por otros exhibiciones obscenas a ser vistas involuntariamente por terceros...?. En cuanto al elemento típico ?obsceno?, conforme la Real Academia Española, ello significa aquello ?impúdico, torpe, ofensivo al pudor?, lo que debe entenderse como un concepto dinámico que ciertamente es complementado por el uso cultural, particular y cotidiano en una época y sociedad determinadas. En este punto 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. Díez 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). 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). 3) Trasladando las consideraciones vertidas al sub examine, cabe señalar inicialmente que se le atribuye a M. E. B, el hecho acontecido el día 28 de octubre de 2016 alrededor de las 12.50hs en la intersección de la Avenida Santa Fe y calle Ecuador de esta ciudad, ocasión en la cual luego de mantener una discusión con D. G. R y con N. G, les expresó: ?yo, macho, esto es ser macho?, para luego exhibirles su pene a los nombrados, como así también a otros transeúntes que casualmente circulaban por el lugar, retirándose a continuación? (cfr. requerimiento de juicio obrante a fs. 2vta.). De las transcripciones efectuadas se advierte que la conducta enrostrada a B, resulta, a todas luces, atípica, pues el hecho de que el imputado se hubiera bajado los pantalones y exhibido su órgano reproductor no alcanza per se para configurar 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. En efecto, carece de todo contenido sexual la exhibición de los genitales a los fines de demostrar la ?hombría? o ?virilidad? en el marco de una reyerta entre transeúntes y a modo de reacción instintiva del aquí encausado. Así surge de los testimonios que la Fiscalía ofreció en la pieza mencionada, verbigracia lo expresado por D. G. R, quien señaló que: ?...el día de los hechos se encontraba caminando en compañía de su amiga N. G, por Avenida Santa Fe, cerca de su intersección con calle Ecuador, cuando recibió un topetazo de otro transeúnte al cual le recriminó tal circunstancia, suscitándose entonces un entredicho entre ambos que culminó cuando este individuo le exhibió sus genitales refiriéndole epítetos varios, retirándose a continuación...? y particularmente los dichos de N. G, en cuanto señaló: ?...mientras se encontraba caminando por la Avenida Santa Fe en dirección a Ecuador, fue abruptamente empujada por un

masculino, por lo que manifestó que debía disculparse con ella por esa acción. Relató que esta persona detuvo su marcha y girando, comenzó a expresarle diversos insultos que motivaron que R, interviniera en la discusión, producto de la cual -en un momento dado este individuo exhibió su miembro viril por sobre el pantalón mientras se jactaba de que ?le mostraría que era macho...?. De estos testimonios utilizados por el MPF para requerir el juicio, no se advierte una conducta de contenido lascivo sino, a todo evento, una forma de reacción en el marco de una discusión, con intenciones de salvaguardar el honor propio o la masculinidad. 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 consecuencia, siendo manifiesta la atipicidad de la conducta endilgada a B, corresponde hacer lugar a la excepción introducida por la Defensa y declarar el sobreseimiento del imputado en orden al hecho por el cual fuera formulado requerimiento de juicio, con la aclaración de que la formación del presente sumario no afecta el buen nombre ni el honor de los que gozare (art. 197 in fine del CPP de la CABA). 4) En virtud de todas las consideraciones vertidas, propongo: I) Revocar el pronunciamiento atacado, en cuanto materia de agravio, II) Hacer lugar a la excepción de atipicidad introducida por la Defensa Oficial y III) Sobreseer a M. E. B, en orden al hecho por el que fuera requerido a juicio en las presentes actuaciones, con la aclaración de que la formación del presente sumario no afecta el buen nombre ni el honor de los que gozare (art. 197 in fine CPP de la CABA). Es todo cuanto digo. Sobre la base de todo lo expuesto y habiendo concluido el acuerdo el tribunal por mayoría RESUELVE: I. CONFIRMAR la resolución por medio de la cual se dispuso RECHAZAR la excepción de falta de acción por atipicidad introducida por la defensa (fs. 24/27, punto dispositivo I). II. TENER PRESENTE la reserva formulada en la presentación de fs. 32/38, apartado VI. Tómese razón, notifíquese a la Fiscalía de Cámara (Este), a la Defensoría de Cámara (2) bajo constancia en autos y oportunamente devuélvase el legajo a primera instancia a fin de cumplir con las notificaciones pendientes. Sirva lo proveído de atenta nota de envío. Fdo: Silvina Manes, Marcela De Langhe, Pablo A. Bacigalupo. Jueces de Cámara. Ante mí: Claudia Velciov. Prosecretaria Letrada. Correlaciones: JAE s/exhibiciones obscenas - Juzg. Penal, Contrav. y Faltas N° 30 - 26/08/2015 - Cita digital IUSJU003165E P., S. S. s/exhibiciones obscenas - Trib. de Juicio Salta - Sala I - 17/04/2015 - Cita digital IUSJU002916E P., R. s/exhibiciones obscenas - Trib. Crim. N° 1 - San Salvador de Jujuy - 29/10/2012 - Cita digital IUSJU202723D 018256E