

Exhibiciones Obscenas Menores De Edad Responsabilidad Del Establecimiento Educativo Alumnos

JURISPRUDENCIA

Exhibiciones obscenas. Menores de edad. Responsabilidad del

establecimiento educativo. Alumnos Se revoca la sentencia apelada y se absuelve al imputado del delito de exhibiciones obscenas, agravadas por tratarse los afectados de menores de trece años (art. 129, segundo párrafo, última parte, Código Penal -según ley 25.087-), al concluirse que la sola desnudez del vecino que se paseaba por el patio de su casa creyendo que gozaba de privacidad no resultó suficiente para tener por configurado el delito, ya que la escuela lindera solía tener tapadas justamente las ventanas para evitar miramientos. En ese sentido, se concluyó que era la institución educativa la que ocupaba la posición de garante de los niños alumnos y la que debió adoptar las medidas más idóneas y colocar elementos no removibles por los menores.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 29 días del mes de diciembre de 2017, se reúnen en acuerdo los jueces integrantes de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Dres. Marta Paz, Silvina Manes y Sergio Delgado, para resolver la presente causa. I. Vienen los autos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de fecha 13 de septiembre del corriente año (cuyos fundamentos fueron redactados el 20 de septiembre), que rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 129 del CP y condenó a D J C a la pena de seis meses de prisión, de cumplimiento en suspenso, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de exhibiciones obscenas, agravadas por tratarse los afectados de menores de trece años -arts. 26 y 129 segundo párrafo, última parte del CP- (fs. 69, 71/81 y 83/95). II. La sentencia tuvo por probado que el día 30 de noviembre de 2015, durante el horario escolar, D J C exhibió sus genitales en el patio de su domicilio sito en Avda. G P de esta Ciudad, frente a los niños L , G , E y otros que no se pudieron individualizar, de 5to grado (de entre 10 u 11 años) del I A sito en Avda. G P , de esta Ciudad. III. La defensa apeló la sentencia por considerar que estaba fundada en premisas falsas; insistió con el planteo de inconstitucionalidad del artículo 129 del CP por afectación al principio de legalidad, en razón de la vaguedad del término "obsceno" previsto en la norma. Expuso diferentes cuestionamientos con relación al antecedente "Mussoto" de la CSJN y los motivos por los cuales no resultaba aplicable de forma automática para el rechazo de su planteo. En segundo término, recurrió el fallo por arbitrariedad, fundado en que existían elementos que no habían sido considerados en la resolución. En ese sentido refirió, por ejemplo, que la distancia existente entre el tercer piso de la escuela desde la cual se alcanzaba a ver parte del jardín del Sr. C y dicho jardín era de más de 40 metros, que las ventanas de la escuela se encontraban cubiertas con papel afiche, cartulinas o cortinas "black out", y que el nombrado sólo tomaba sol desnudo en su jardín, conducta que no había sido acompañada de ninguna connotación sexual. Argumentó que la conducta atribuida resultaba atípica a la luz la figura prevista en el citado art. 129, por considerar que para que la conducta pudiera ser subsumida en dicho tipo penal, debía presentar un incuestionable contenido sexual y ser de una entidad suficiente para afectar el bien jurídico. Cuestionó la integridad del razonamiento del fallo por cuanto en la actualidad, de acuerdo a los parámetros vigentes, la mera desnudez resulta una situación absolutamente común y corriente, por lo que, en este caso, no se verificaba una obscenidad que ameritara la intervención del derecho penal. Ante esta instancia, en el marco de la audiencia celebrada en los términos de los arts. 283 y 284 del CPPCABA, el defensor de cámara mantuvo el recurso de su inferior y desarrolló los agravios introducidos en el escrito de apelación. Por su parte, la asesora tutelar interviniente y el fiscal de cámara alegaron sobre las razones por las que consideraban que el fallo debía ser confirmado. IV. El recurso fue interpuesto por quien se encontraba legitimado para hacerlo, en tiempo y forma, contra una resolución expresamente apelable, por lo que debe declararse admisible de conformidad con lo establecido por los artículos 251, último párrafo, 267 y 279 del CPPCABA. V. Por razones de orden metodológico corresponde tratar en primer término las cuestiones que hacen a la atipicidad de la conducta. Lo atinente al planteo de inconstitucionalidad de la norma contenida en el artículo 129 del CP, considerando la uniforme jurisprudencia del más Alto Tribunal de la Nación en el sentido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es siempre un acto de suma gravedad institucional y por ende la última ratio del orden jurídico se abordará en caso que resulte pertinente. (Fallos: 249:51; 260:153; 264:364; 288:325; 290:83; 292:192; 298:511; 302:1149; 307:1656; 314:407; 315:923; 316:779; 316:842; 322:919, entre muchos otros). VI. Cabe recordar que el examen de la Alzada en los términos que surgen del fallo "Casal" (CSJN Fallos 328:3399) será integral y el más amplio posible -sin que ello implique un nuevo juicio-, conforme a la teoría del máximo de rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal agote su capacidad revisora de acuerdo a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que le sea posible revisar, con el único límite a este alcance, de no poder reexaminar aquellos aspectos que están íntimamente ligados a la inmediación, que se relacionen con ciertas consideraciones relativas a la prueba rendida ante los

magistrados que sentenciaron. VII. En cuanto al fondo de la cuestión a resolver, cabe considerar que a D J C se lo encontró autor penalmente responsable del delito de exhibiciones obscenas, agravadas por tratarse los afectados de menores de trece años (conf. artículo 129, segundo párrafo, última parte, del CP según ley 25.087-). La norma citada establece que: "Será reprimido con multa de mil a quince mil pesos el que ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Si los afectados fueren menores de dieciocho años la pena será de prisión de seis meses a cuatro años. Lo mismo valdrá, con independencia de la voluntad del afectado, cuando se tratase de un menor de trece años?". El bien jurídico protegido por la norma imputada (segundo supuesto del segundo párrafo del tipo), resulta la "indemnidad sexual" de los menores de trece años, definida como el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada de la personalidad. Existe, entonces, un claro interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad. La figura legal del art. 129 CP, castiga al que ejecuta o hace ejecutar por otro una exhibición obscena, a ser vista involuntariamente por terceros, acción consistente en descubrir, poner a la vista o mostrar lo obsceno. La exhibición debe desplegarse en un lugar o lugares al o a los que el público, en general, tenga algún tipo de acceso y donde tales exhibiciones puedan, potencialmente, ser visualizadas involuntaria o voluntariamente -según sean personas mayores o menores de edad-. Abarca la conducta desarrollada en un sitio privado, que no está habilitado para el uso del público, siempre que por las circunstancias o características del lugar, pueda ser advertida desde el exterior involuntariamente por terceros. Merece especial atención el término "obsceno" para poder saber en qué medida ataca al bien jurídico protegido por la ley. Esta dificultad en el lenguaje utilizado en el articulado la advirtió oportunamente con lucidez Vázquez Rossi tanto respecto del vocablo "obsceno" como también "lubricidad", "indecoroso", "lascivo", "grosero", "repugnante" o "bajos instintos sexuales", luego de hacer referencia a las definiciones de la Real Academia Española y otros diccionarios concluyendo que, a poco de interrogarse con profundidad acerca de los contenidos de los términos, amén de ser más agresiones que definiciones, sólo reflejan un sentimiento emotivo de quien las propone y poco aclaran sobre la objetividad de lo que se quiere comprender; es decir "estamos dentro de un círculo vicioso, donde la altisonancia de los términos sólo provoca ruido".⁽¹⁾ Núñez se ha referido a lo obsceno como a lo impúdico por lujuria, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo, concluyendo que lo obsceno es lo lujurioso. Lo que se plantea la doctrina es si la mera exhibición de la desnudez constituye un acto obsceno. Cualquiera sea la respuesta a esta pregunta los principios vigentes en el derecho penal determinan que el acto debe afectar el bien jurídicamente tutelado para subsumir en el tipo penal. VIII. En el juicio declaró el menor L T -quien fue el único de los niños del curso que lo que hizo con la modalidad de Cámara Gesell-, y describió que el comedor del colegio al que asistía lindaba con el patio del vecino al que se veía colocándose en determinada posición, lateralmente. Que sabía por comentarios de otros alumnos que muchas veces se lo veía desnudo y miraban "cuando la señorita se distraía" para ver que hacía?. Señaló que en ningún momento lo vio hacer "nada" simplemente tomar sol o caminar a veces. Recordó que el día del hecho era soleado y que lo había visto dos veces, hasta que lo taparon. Que lo había visto en otras ocasiones por una rendija mínima entre los elementos que tapaban la ventana que ese día no estaban. Refirió que "el tipo saludó y la señorita empezó a tapar". En cuanto a cómo hacía para poder verlo expresó "yo lo miraba apenas por una liñita" (en referencia a las hendiduras de luz que quedaban entre una cartulina y otra, colocadas por el colegio para que los chicos no pudieran mirar por la ventana). Y que cuando lo había podido ver "no estaba haciendo nada, estaba parado desnudo". Que un día el hombre no los vio y que la segunda vez, estaban apoyados contra el vidrio de la ventana mirando, que eran muchos y que uno lo saludó y el señor saludó. Refirió, además, que el año pasado en el curso conversaban bastante sobre el tema pero que ya no hablaban más porque este año al cambiar de grado también habían cambiado de aula y estaban en otra ubicación la que no da al patio del vecino. Lo señalado por el menor en relación a las circunstancias del hecho coincide con lo dicho por la testigo P R S, maestra de plástica, quien estaba a cargo del curso en aquel momento. Al respecto, la nombrada explicó que efectivamente las ventanas del aula solían estar cubiertas con papel afiche y que aquél día, como hacía calor, habían abierto las ventanas y los chicos le contaron que había un señor desnudo. Que por ello les indicó que se sentaran, bajó la cortina y cerró todo. Asimismo, aclaró que ella vio al vecino desnudo "caminando por su patio". De los dichos de la Directora del establecimiento I K C, surge que en el colegio existía conocimiento acerca de que el vecino tomaba sol desnudo en el patio trasero de su casa en que está la pileta y que por ello se habían colocado cartulinas en las ventanas de las aulas, siendo que, con posterioridad al hecho, se había colocado un "ploteo" en los vidrios para obstruir la visión hacia el exterior y desde el exterior al interior del aula (en ese sentido ver informe de fs. 58). Por último, de la información aportada por los funcionarios del CIJ y particularmente de la prueba documental agregada es posible ubicar el hecho en su contexto geográfico (conf. fs. 51/2, fotografías de fs. 53/7 y grabación del disco con inscripción "13/9 VIDEO CIJ" -fs. 60-). De los dichos de L surge que lo que él vio desde la ventana "a través de una liñita" (de entre las cartulinas), fue que C estaba desnudo en el patio trasero de su casa y que no hizo nada

más. A las reiteradas preguntas que se le hicieron respecto a lo que el vecino realizaba, el menor siempre respondió que "nada?". Asimismo, de lo señalado por el menor, la maestra y la directora de la institución, surge que las ventanas estaban varios metros desde el suelo tapadas por lo que el imputado no estaba conciente siquiera de que podía ser mirada por una rendija. La razón por la que el día del hecho fue visto fue porque se había levantado el elemento que tapaba la ventana e inmediatamente que fue advertido por la docente se procedió a tapar nuevamente la visión hacia el exterior. En tales condiciones, el comportamiento atribuido a C no subsume en la conducta típica prevista en el art. 129 párrafo 2o del CP, pues de las circunstancias del caso no surge que su accionar tuviera el contenido que exige la figura para resultar "obsceno", en los términos en que se ha desarrollado anteriormente. Ni el menor ni la maestra que lo vieron hicieron alusión a circunstancias que le dieran connotación de excitación sexual; por el contrario, fueron categóricos al señalar que el vecino no hacía más que caminar o tomar sol. De la prueba producida en el debate surge que el acusado tenía, más allá de tratarse de un lugar cerrado en el contrafrente, expectativa válida de privacidad para circular por su vivienda en la forma que lo hizo sin esperar que se lo visualizara desde que el colegio lindero tenía ocluida la vista desde o las ventanas de los pisos superiores del mismo que estaban tapadas con cartulinas. En ese marco, la sola desnudez del acusado carece de la connotación sexual que reclama la figura y que pueda valorarse a la luz del elemento normativo "obsceno", por lo no existe una afectación al bien jurídico tutelado. En este sentido, la simple contemplación de un cuerpo de un adulto desnudo por parte de los chicos involucrados, por unos instantes y a una distancia considerable no subsume y por ende no resulta típica. Obiter dictum, señalamos que la posición de garante respecto de los niños era de la institución educativa, que pudo adoptar medidas más idóneas, como colocar elementos no removibles por los menores. Finalmente, fue la propia directora quien señaló que finalmente el colegio había hecho colocado "ploteos" en los vidrios de las ventanas para que no fuera posible la visión hacia y desde el exterior del colegio. Lo señalado hasta aquí no importa desconocer que puede haber personas que entiendan que es censurable moralmente caminar desnudo como hizo el imputado pero tales críticas no alcanzan para que la conducta pase de moralmente a penalmente reprochable, sin avanzar inválida e inconstitucionalmente en el ámbito de reserva de ley. Todo ello conduce a considerar que la sentencia debe ser revocada por lo que resulta innecesario adentrarse en la consideración de otros planteos como el de la inconstitucionalidad del artículo penal imputado. Por lo expuesto, el Tribunal, RESUELVE: I. HACER LUGAR al recurso de apelación interpuesto por la defensa. II. REVOCAR la sentencia apelada. III. ABSOLVER a J D C, de demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a la comisión del hecho por el que fue condenado en la presente causa (conf. arts. 2 y 286 del CPPCABA). Regístrese, notifíquese a las partes y remítase al juzgado de origen. Marta Paz Jueza de Cámara Sergio Delgado Juez de Cámara Silvina Manes Jueza de Cámara Ante mí SILVIA MARISA OCAMPO SECRETARIA DE CAMARA INTERINA C.A.P.C y F. C.A.B.A. En ?/?/2017 se remitieron las actuaciones a la Fiscalía de Cámara Este a los efectos de notificar la resolución dictada en autos. Conste. Correlaciones:

JAE s/exhibiciones obscenas - Juzg. Penal, Contrav. y Faltas N° 30 - 26/08/2015 - Cita digital IUSJU003165E Nota:

(1) Vázquez Rossi, Jorge E, Los delitos sexuales, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 23,

026113E