

## Exhibiciones Obscenas Whatsapp Redes Sociales Atipicidad Elementos Del Tipo Penal

### JURISPRUDENCIA

### Exhibiciones obscenas. WhatsApp. Redes sociales. Atipicidad.

Elementos del tipo penal Se revoca la decisión apelada en cuanto dispuso rechazar la excepción por manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad y se sobresee al imputado por el hecho atribuido, consistente en haber enviado a la damnificada una fotografía de un pene sujetado con una mano a través de la aplicación whatsapp, desde la línea de telefonía celular. Ello es así porque se recuerda que, para la mayoría de los autores, las actitudes o gestos obscenos son atrapados por el artículo 129 del Código Penal, pero no así las palabras ni las publicaciones. En la ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de diciembre de 2018, se reúnen los miembros de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, integrada por los Dres. Elizabeth A. Marum y Marcela Vivian De Langhe y Sergio Delgado, a efectos de resolver el recurso de apelación, obrante a fs. 22/25 vta., interpuesto por la Defensa Oficial del Sr. F. N. G, contra la resolución de la Sra. Juez a quo de fecha 25 de septiembre de 2018 -fs. 20/21-, dictada en la presente de la que RESULTA: I.- Que a fs. 2/7 la Sra. Fiscal de primera instancia, G. I. M, formuló requerimiento de juicio, respecto del imputado, F. N. G, por el hecho que habría ocurrido el 12 de octubre de 2017, a las 21:00 hs., consistente en haber enviado a la aquí damnificada, J. N, una fotografía de un pene sujetado con una mano, a través de la aplicación WhatsApp, desde la línea de telefonía celular nro. 15-\*\*\*\*\*. La representante del Ministerio Público Fiscal consideró la conducta constitutiva del delito de exhibiciones obscenas, previsto en el art. 129 del Código Penal. II.- Que, a fs. 9/11, el defensor del encartado, Dr. Darío Javier Pegazzini, interinamente a cargo de la Defensoría en lo Penal, Contravencional y de Faltas nro. 1, planteó la excepción de atipicidad y que, en virtud de ello, se disponga el sobreseimiento de G. Allí mencionó que el art. 129 del Código Penal conmina penalmente al que "ejecutare o hiciere ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros". Y consideró que, para que el delito se configure, la exhibición debe ser llevada a cabo en un lugar físico, y no de forma virtual, y debe haber un contacto personal de quien lleva adelante el acto con quien involuntariamente percibe la circunstancia impúdica de que se trate. Por ello entendió que el envío de una imagen por WhatsApp no puede subsumirse en el tipo penal previsto en el art. 129 del Código Penal y que, en virtud de ello, el hecho de su defendido resulta atípico. En ese sentido, agregó que cualquier extensión del tipo penal a supuestos por él no abarcados implica -además de la atipicidad de la conducta- la violación al principio de legalidad que exige la interpretación estricta de la norma, que prohíbe la analogía en el derecho penal. Finalmente, el defensor hizo hincapié en que "la Cámara de Apelaciones ha aseverado que "la sola desnudez del acusado carece de la connotación sexual que reclama la figura" y entendió que, en este caso, de la mera observación de la imagen objeto de la imputación no puede concluirse que la misma tenga la connotación sexual y el carácter obsceno exigido por el tipo. III.- Que a fs. 20/21 vta., y en el marco de la audiencia prevista en el art. 197 y 210 del CPPCABA, la Jueza María Martínez Vega -interinamente a cargo del Juzgado en lo PCyF nro. 6- dispuso, en lo que aquí interesa, "RECHAZAR LA EXCEPCIÓN POR MANIFIESTO DEFECTO EN LA PRETENSIÓN POR ATIPICIDAD?". IV.- A fs. 22/25, la Dra. Patricia B. López, titular de la Defensoría Oficial en lo PCyF nro. 1, interpuso recurso de apelación contra la resolución antes mencionada, solicita su revocación y, en consecuencia, se dicte el sobreseimiento de G. Para fundar su postura, explicó que comparar el envío de una imagen por un medio electrónico privado de comunicación, como es el WhatsApp, con el supuesto del art. 129 del Código Penal, implica hacer una analogía in malam partem respecto del acto de la exhibición, el que, por otra parte, debe manifestarse en el ámbito del espacio público para constituir un delito. En ese sentido, la Defensora citó a Edgardo A. Donna, en el Tomo I de su libro Derecho Penal, Parte Especial, quien consideró que "El autor debe descubrir, poner a la vista o mostrar lo obsceno. Lo que se muestra no puede ser ni un libro, ni un escrito ni una imagen, ya que esto está abarcado por el artículo 128 CP y sólo es típico si se involucra a menores?". A su vez, la apelante destacó que la ley 25.087 -modificatoria del art. 129 del Código Penal- reemplazó la expresión "ejecutar o hacer ejecutar por otros exhibiciones obscenas" por "ejecutar o hacer ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas", y que el agregado de la palabra "acto" significa que el elemento material del delito sólo puede estar constituido por un hecho, y no por una cosa o por palabras. Por otra parte, en cuanto a la publicidad que debe tener el acto para ser considerado una exhibición obscena en los términos del Código Penal, consideró que, si bien la norma no emplea explícitamente ese término, ello no implica soslayar sin más la interpretación que hacen la doctrina y la jurisprudencia en ese sentido. Y mencionó un fallo de este Tribunal, en el que se sostuvo que "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-" (Causa "C., D. J. s/ infr. art. 129 CP", del 29/12/2017, Sala III, C.A.P.C.F.). Agregó que lo expuesto no

implica negar la posibilidad de que se adecúe la interpretación de la norma a las nuevas tecnologías; pero que en el caso particular no se trata de un supuesto en que el imputado hubiera subido una imagen obscena a un sitio web de acceso público, o a una red social configurada para que usuarios indeterminados tengan acceso, sino que se trató del envío de una imagen específica, a una persona determinada, por un servicio de mensajería privado. Finalmente, entendió que, en este caso, no nos hallamos frente a una mera interpretación diversa de las normas en cuestión, o a una subsunción dentro de los límites de lo razonable, sino ante una palmaria y decisiva carencia de fundamentación, e hizo reserva de recurrir según lo prescripto por los artículos 27 y 28 de la ley 402.

V.- A fs. 29/30, la Fiscal a cargo de la Fiscalía de Cámara Especializada de Violencia de Género, Dra. Sandra Verónica Guagnino, consideró que, si bien el recurso se dirigió contra una decisión expresamente apelable, y fue interpuesto por escrito, es inadmisibles por haber sido presentado fuera del término de los tres días que el Código de forma estipula para apelar el auto que resuelve una excepción -conforme el art. 198 del C.P.P.C.A.B.A.- y que la ausencia de un agravio irreparable es evidente, pues, las cuestiones podrán ser debatidas en el juicio oral y público. En cuanto al fondo del planteo esgrimido por la defensa, consideró que la atipicidad alegada no es evidente ni manifiesta y que, en ese sentido, la Sala interviniente sostuvo en precedentes anteriores que para que resulte procedente la excepción de manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad en esta instancia del proceso, ¿resulta necesario que la atipicidad de la imputación aparezca manifiesta? (CAPCyF, expte. 20326-03/14, Britos, Amparo s/ infr. art. 149 bis, CP, rta. el 16/02/17). Sostuvo que, contrariamente a lo sostenido por la defensa, del contexto descripto por la Fiscal se puede advertir que el acusado fue quien realizó la captura fotográfica de su miembro y se la envió a la denunciante mediante un mensaje de WhatsApp, con la idea de subordinar a la víctima a sus deseos sexuales. Y agregó que, si bien es cierto que el elemento normativo ¿obsceno? no está determinado, existe un umbral respecto del cual, en líneas generales, hay un acuerdo extendido para afirmar que la conducta imputada sí 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, y citó doctrina y jurisprudencia en ese sentido. Finalmente, refirió que el presente es un caso de violencia de género, donde se vislumbra la pretensión del imputado de dominar y cosificar a la damnificada, con la idea de subordinarla a sus deseos sexuales. VI. A fs. 33/34 el Sr. Defensor de Cámara, Dr. Emilio A. Cappuccio, mantuvo el recurso interpuesto por su colega de grado y compartió la expresión de agravios efectuada por la recurrente. En cuanto a la admisibilidad formal, aclaró que el recurso fue interpuesto en tiempo y forma, contrariamente a lo sostenido por la Fiscal de Cámara en cuanto a la extemporaneidad, y por quien se encuentra legitimado para hacerlo, contra una decisión expresamente apelable. Respecto al fondo de la cuestión, aseguró que la conducta atribuida a G, no reúne los requisitos típicos del delito de exhibiciones obscenas, en tanto el envío de una imagen entre adultos mediante un sistema privado de transmisión de datos por internet no cumple las exigencias de ese dispositivo legal. A su vez, consideró que la pretensión del MPF afecta el principio de legalidad, en la medida en que, por vía de interpretación extensiva, se ha ampliado arbitrariamente el alcance del tipo penal del art. 129 CP, incluyendo supuestos como el del caso claramente no tipificados por la legislación penal, equivalente al legislado en el art. 128, que solamente admite la conminación penal de la divulgación y transmisión de imágenes sexuales de personas menores de dieciocho años, extendiendo analógicamente la ley penal. Finalmente, entiende que con el dictado del pronunciamiento impugnado se ha afectado las garantías del debido proceso y defensa en juicio, como así también del principio de legalidad, razón por la cuales mantiene las reservas de recurrir al TSJ del caso federal. VII. Que a fs. 35, pasaron los autos a resolver. La Dra. Elizabeth A. Marum dijo:

**PRIMERA CUESTIÓN** El recurso de apelación fue interpuesto en tiempo y forma, por quien se encuentra legitimado para hacerlo, contra una resolución que dispuso rechazar la excepción de manifiesta atipicidad -art. 195 inc. c) del CPP CABA-, declarada expresamente apelable conforme lo estipulado en el art. 198 del mencionado código. En cuanto a lo manifestado por la Fiscal de Cámara, respecto a que el recurso fue presentado de forma extemporánea, cabe señalar que no tiene correlato con las constancias del legajo. En efecto, surge de la presente investigación que la defensa se notificó de la resolución apelada el día martes 25 de septiembre del corriente año, durante la audiencia prevista en los arts. 197 y 210 del C.P.P.C.A.B.A. -cfr. fs. 20/21 vta.-, e interpuso el recurso que aquí nos convoca el día viernes 28 de septiembre, dentro del tercer día de notificada y, por lo tanto, dentro del plazo contemplado por el art. 198 del Código de forma de la Ciudad. En consecuencia, corresponde declarar admisible el remedio procesal intentado por la Defensa. **SEGUNDA CUESTIÓN** Admitido el recurso en cuestión, corresponde analizar el agravio relacionado con el rechazo por parte de la a quo de la excepción por manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad. El Código Procesal Penal de esta Ciudad prevé, en su artículo 195, las llamadas excepciones de previo y especial pronunciamiento: una serie de circunstancias que, por su naturaleza extraordinaria, suspenden o finalizan el proceso, sin la necesidad de introducirse en el conocimiento del fondo de la cuestión. El caso del inciso ¿c?, cuya aplicación pretende la impugnante, se refiere al supuesto en que surja un manifiesto defecto en la pretensión por atipicidad, inexistencia del hecho, o falta de participación criminal, respecto de la conducta descripta en el decreto de determinación del hecho o en el requerimiento de juicio. Dicho de otro modo, significa que la conducta investigada no se encuentra prevista en el ordenamiento positivo; que el evento investigado no se produjo, o que el

encartado no ha tenido participación en el mismo. Asimismo, debo mencionar que es postura de la Sala que originariamente integro que, para que proceda en esta instancia del proceso la declaración de las excepciones contempladas en el inc. 1º del art. 195 C.P.P.C.A.B.A., resulta ineludible que la atipicidad y/o la inexistencia del hecho aparezcan manifiestas, evidentes o indiscutibles (Sala I, Causas N° 24011-01/CC/2008 Incidente de Apelación en autos "G, S. G. s/art. 181 inc. 1 CP", rta. el 12/11/2008; entre muchas otras). En el caso, respecto a la existencia misma de las exhibiciones obscenas por parte del imputado, el artículo citado requiere que el hecho sea objetivamente atípico, es decir, que carezca inequívocamente de tipicidad objetiva, de forma tan evidente que el debate resulte superfluo. Circunstancia que no ocurre en autos. Por el contrario, si bien el planteo ensayado por la defensa versa sobre una cuestión jurídica fundada en la adecuación o no de la conducta atribuida a G, al tipo penal previsto y reprimido por el art. 129, parr. 1, CP, ello no surge de modo manifiesto sino que se basa en extremos probatorios y discrepancias jurídicas que se introducen para cuestionar la imputación del encausado G, y no los previstos en el art. 195 del CPPCABA, siendo el momento adecuado para analizarlo luego de producidas las pruebas y oídas las partes, es decir, al desarrollarse el debate oral y público. En efecto, de conformidad con lo ventilado durante la audiencia realizada a fin de resolver la presente incidencia (audio 00:36:36), en los presentes no se encuentra controvertido la materialidad del hecho, sino determinar si ejecutar actos de exhibiciones obscenas comprende el envío por el medio electrónico Whatsapp de una fotografía a un tercero que no tenía voluntad de verlo, es decir, determinar si la conducta imputada a G, es alcanzada por las previsiones del tipo penal del art. 129 del C.P., y si la imagen objeto de imputación tiene la connotación sexual y carácter obsceno que el tipo requiere. Respecto de ello, resulta insoslayable que nuestra legislación se encuentra en pleno proceso de renovación en la búsqueda de adaptarse a las nuevas tecnologías, y que la doctrina y jurisprudencia no son pacíficas sobre el planteo de la defensa, al igual que del carácter de obscenidad contenido en el tipo legal en cuestión, de modo que pronunciarnos en este sentido importa un complejo análisis ajeno a esta etapa del proceso, en tanto requiere meritar las circunstancias en que se ha realizado la conducta, propósito, así como demás consideraciones probatorias, doctrinales y jurisprudenciales introducidas por las partes, propio de la audiencia de juicio oral. Cabe recordar que no existe precisión respecto del concepto de pudor -bien jurídico tutelado por el delito previsto por el art. 129 CP-, así como tampoco de la obscenidad como medio por el que se ataca aquél, en tanto 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 (Jorge Eduardo Buompadre, "Derecho Penal, Parte Especial, T. 1, 7ª ed., Ed. Astrea, Bs. As., pág. 253). Así, a fin de determinar si la conducta llevada a cabo por G, en los términos atribuidos por la Fiscal de grado, puede 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 aquella, propio de la audiencia de debate. A su vez, cabe considerar tal como indicara la a quo, que el desarrollo de la tecnología ha abierto un inmenso abanico de nuevos tipos penales, así como nuevas formas de comisión de delitos ya previstos como el de autos, sin que ello implique una elastización de la norma sino una adecuación de la misma a la aparición de las redes sociales y plataformas informáticas, y los consecuentes cambios en el modo de perpetrarse tipos de delitos como el imputado en autos, es decir, nuevas modalidades de vulneración de los bienes jurídicos por ellos tutelados. De allí se deriva que la conducta imputada a G, en cuanto enviar una fotografía de un pene sujetado por una mano que no había sido solicitada ni aceptada por la receptora y presunta víctima, no resulta, a simple vista, atípica, sino que requiere de un análisis circunstanciado del tipo en función del contexto que rodeó el mismo, a fin de determinar la afectación al bien jurídico tutelado por la figura legal, así como si la acción imputada se enmarca dentro de las previsiones de la ley 26.485 -tal como sostiene el Ministerio Público Fiscal- y, a su vez, encuadra legalmente dentro en el artículo 129 CP. Por lo demás, y en contra de lo alegado por la Defensa, no es necesario, para que se configure el tipo penal, que la exhibición se realice en un lugar público -lo que, por otra parte, tampoco surge de la letra del art. 129 del Código Penal-, sino que, por el contrario, basta con que, por el lugar donde fue hecha y las circunstancias del caso concreto, pueda haber sido vista por alguien contra su voluntad y con carácter ofensivo. En virtud de lo expuesto, la atipicidad alegada no es en absoluto manifiesta y, como consecuencia de ello, concluimos que el análisis jurídico y probatorio pretendido por la recurrente, tendiente a determinar que la conducta atribuida al señor G, no reúne los requisitos del tipo penal previsto en el art. 129, inc. 1 del CP, no es otro que el que debe darse en la etapa de juicio, frente al Juez, en audiencia, asegurando la producción, examen y ponderación de la prueba y alegatos bajo los principios de inmediatez, contradicción y oralidad del procedimiento local. Siendo aquel momento procesal el adecuado para debatir todas las cuestiones planteadas por la recurrente a fin de determinar, luego de acreditado el hecho y responsabilidad de G, la calificación jurídica de la conducta o su atipicidad en caso que no se encuentre encuadre legal, corresponde confirmar la decisión apelada. La Dra. Marcela De Langhe dijo: I. Adhiero al análisis de admisibilidad desarrollado en el voto que antecede, a cuyos fundamentos me remito. II. Conforme surge del requerimiento de juicio que obra a fs. 2/7 el hecho que se atribuye a F. N. G, habría ocurrido el día 12 de octubre de 2017, a las 21:00 h., ocasión en que supuestamente envió a J. N, una fotografía de un pene sujetado por una mano a través

de la aplicación WhatsApp, específicamente, desde la línea de telefonía celular n° \*\*\*\*\* a la n° \*\*\*\*\* perteneciente a aquélla. En la acusación se señaló que, previamente, el imputado le escribió a N, por este medio: ?Juli como estas tanto tiempo? (sic), y al pie de la imagen insertó la siguiente frase: ?a ver si te das cuenta quien soy? (sic). Esto último en respuesta a lo escrito por ella en el sentido de que no sabía de quién se trataba, ya que no tenía agendado su teléfono celular. La fiscalía encuadró ese comportamiento en la figura de exhibiciones obscenas prevista en el art. 129, CP. El tipo penal en cuestión reprime al que ejecuta o hace ejecutar por otros actos de exhibiciones obscenas expuestas a ser vistas involuntariamente por terceros. Se ha sostenido que la conducta prohibida por la norma citada consiste en descubrir, poner a la vista o mostrar lo obsceno. (1) El caso que nos ocupa presenta un problema jurídico, antes que uno probatorio. Para resolver sobre la tipicidad de esta conducta, debe recordarse que se ha sostenido en la doctrina que ?lo que se muestra no puede ser ni un libro, ni un escrito, ni una imagen, ya que esto está abarcado por el artículo 128 del Código Penal y sólo es típico si involucra a menores. Por lo tanto, sólo se tipifica el delito en mostrar desnudeces de partes sexuales o en actividades e inverecundia sexual?. (2) Asimismo, también se ha manifestado que ?[p]ara la mayoría de los autores las actitudes o gestos obscenos son atrapados por la norma, no así las palabras ni las publicaciones (...)?.(3) En este orden, comparto el criterio de la defensa en cuanto a que la conducta analizada no se subsume en el art. 129, CP, esto así, dado que la reproducción de la parte pudenda de una persona y su envío por medio de un mensaje de WhatsApp no constituye el acto de mostrarla en el sentido indicado supra. Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso, revocar la resolución impugnada y sobreseer a F. N. G. Así voto. El Dr. Sergio Delgado dijo: Por compartir los fundamentos expuestos, adhiero al voto de la Dra. Marcela De Langhe. Así voto. Por lo expuesto, el Tribunal, por mayoría RESUELVE: I.- REVOCAR la decisión de la Magistrada de grado, obrante a fs. 20/21 de la presente, en cuanto dispuso, en lo que aquí interesa, ?RECHAZAR LA EXCEPCION POR MANIFIESTO DEFECTO EN LA PRETENSION POR ATIPICIDAD, que fuera formulada por la Dra. López en este caso?. II.- SOBRESER a F. N. G, por el hecho atribuido en las presentes actuaciones (art. 197 CPPCABA). Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter de urgente y remítase al Juzgado de Primera Instancia a sus efectos. Ante mí: Notas: (1) Cfr. D'Alessio, A. J. (Dir.), Divito M. A. (Coord.), Código Penal de la Nación, Comentado y anotado, Tomo II, La Ley, 2.ª ed., 2009, p. 291. (2) Donna, E. A., Delitos contra la integridad sexual, 2.ª ed., Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 187. (3) Cfr. D'Alessio, A. J. (Dir.), Divito M. A. (Coord.), Código Penal de la Nación, Comentado y anotado, Tomo II, La Ley, 2.ª ed., 2009, p. 291. 038515E