



Exhibiciones Obscenas

Por Fabián Luis Riquert* y Marcelo Alfredo Riquert**

Art. 129¹: *“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 tratare de un menor de trece años.”

1. Genealogía del tipo (antecedentes):

a) De derecho comparado

Con relación a este punto, nos remitimos a lo ya referenciado al analizar el artículo que antecede.

b) Normativa nacional

1. Texto derogado. La redacción inmediata anterior a la actual correspondía a la original (Ley 11.179) y estuvo vigente en su último período desde el 04/09/84. La pena de multa original de dicho lapso de vigencia se corresponde a la dispuesta por el art. 1, inc.2 de la Ley 23.286, siendo actualizada con posterioridad por las leyes 23.077, 23.479, 23.974 y 23.975. Tenía su fuente en el art. 134 del Proyecto de 1906, en el que se aludía también a gestos o palabras obscenas.

El texto recientemente derogado decía: *“Será reprimido con multa de setecientos cincuenta a doce mil quinientos pesos el que en sitio público ejecutare o hiciere ejecutar por otro exhibiciones obscenas.*

La misma pena se aplicará cuando los actos tuvieren lugar en sitio privado, pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros”.

* Profesor Titular de la “Práctica Procesal Penal”, Universidad Atlántida Argentina, Sede Mar del Plata. Docente de “Derecho Constitucional”, Universidad Nacional de Mar del Plata.

** Profesor Titular Regular de “Derecho Penal I. Parte General”, Universidad Nacional de Mar del Plata.

¹ Artículo sustituido por art. 10°, Ley N° 25087, B.O. 14/5/1999. Multa actualizada anteriormente por art. 1°, Ley 24286, B.O. 29/12/1993.



Esta redacción también tuvo vigencia en los lapsos comprendidos entre el 29/04/22 y el 31/03/68, así como entre el 06/06/73 y el 15/07/76. En los interregnos que fueron primero entre el 01/04/68 y el 05/06/73, y después entre el 16/07/76 y el 03/09/84, estuvo vigente un texto reformado introducido por las leyes 17.567 (derogada por Ley 20.509) y 21.338 (derogada por Ley 23.077) respectivamente, en ambos casos con idéntico contenido, que decía:

“Será reprimido con prisión de dos meses a dos años, el que en sitio público o abierto o expuesto al público ejecutare o hiciere ejecutar por otro actos obscenos.

La misma pena se impondrá al que ejecutare actos de ese carácter en lugar privado, con el propósito de que sean vistos involuntariamente por un tercero”

2. *Proyecto de Código Penal de 1906.* Preveía en el cap. III “Corrupción y Ultrajes al Pudor” la figura de “Exhibiciones y actos obscenos” en su art. 134. Decía: *“Será reprimido con prisión de quince días á seis meses, el que en sitio público ejecutare ó hiciere ejecutar por otro, actos, gestos, actitudes ó exhibiciones obscenas, ó profiriere ó hiciere proferir palabras obscenas. La misma pena se aplicará cuando los actos ó palabras tuvieren lugar en sitio privado, pero expuesto á que sean vistos ú oídos involuntariamente por terceros”*².

3. *Proyecto Coll-Gómez de 1937.* El tipo de “exhibiciones obscenas” estaba previsto en el art. 167 del Título II Delitos contra la honestidad. Decía: *“Se impondrá prisión de tres meses a dos años, al que, en sitio público o abierto y expuesto al público, cometa actos obscenos”*³.

4. *Proyecto de José Peco de 1941.* Regulaba los “actos obscenos” en el art. 190 que eran admitidos aún en modalidad culposa y tenía casi perfecta correspondencia con el art. 527 del código penal italiano de 1930. También la reproducía con alguna pequeña variante no esencial y manteniendo la figura culposa en el segundo párrafo el Proyecto del año 1951, mientras que el Proyecto de 1960 decía expresamente con relación a esta última circunstancia en su aclaración al art. 173 que *“El proceder descuidado o imprudente que determine que ciertos actos íntimos sean involuntariamente vistos, constituye más bien una contravención que un delito”*⁴.

5. *Texto conforme reforma introducida por Ley 25.087.* El texto vigente corresponde a la reforma introducida al Código Penal por la Ley 25.087 (B.O. 14/05/99), conforme su art. 10°.

² E. Raúl Zaffaroni y Miguel Alfredo Arnedo, “*Digesto de Codificación Penal Argentina*”, A-Z editora, Madrid, España, diciembre de 1996, Tomo 3, págs. 347/348.

³ Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo 4, pág. 692.

⁴ Zaffaroni-Arnedo, ob.cit., Tomo 6, págs.104 y 455.



2. Tipo Objetivo

a) Bien jurídico

El cambio del bien jurídico ya ha sido tratado exhaustivamente al comentar el artículo que antecede, no obstante en el punto que nos ocupa 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*”⁵.

Así, en el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española⁶, los términos a los que aluden tanto las normas positivas como la doctrina y jurisprudencia en general hemos obtenido estos resultados:

- Exhibicionista. Com. Persona aficionada al exhibicionismo.
- Exhibicionismo.m. prurito de exhibirse. 2. Perversión consistente en el impulso a mostrar los órganos genitales.
- Exhibir. Latín exhibere. Tr. Manifestar, mostrar en público.
- Obsceno. Latín obscenus, adj. Impúdico, torpe, ofensivo al pudor.
- Obscenamente.adv.m. Impuramente, con torpeza y lascivia, de manera indecente.
- Lascivia, latin lascivia. Propensión a los deleites carnales. 2. Apetito inmoderado de una cosa.
- Lascivo,va.adj. Perteneciente o relativo a la lascivia. 2. Que tiene este vicio.
- Impúdico,ca. Latín impudicus.adj. Dishonesto , sin pudor.
- Impudor.m. falta de pudor y de honestidad.

⁵ Vázquez Rossi, Jorge E.; *Los delitos sexuales*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1999, p. 23.

⁶ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima primera edición, Madrid, 1992.



- Impúdicamente.adv.m. deshonestamente, sin recato.
- Impudicia, latín impudicia.f. Deshonestidad, falta de recato y pudor.
- Indemnidad, estado o situación del que está libre de daño o perjuicio.
- Pornográfico, adj. Dícese del autor de obras obscenas.
- Pornografía, f. Tratado acerca de la prostitución. Carácter obsceno de obras literarias o artísticas.

Esta imprecisión en la definición de los conceptos aludidos precedentemente, es evidente que crean *per se* serios inconvenientes en cualquier ámbito en los que se apliquen, pero lo más preocupante es que se utilicen en el Código Penal en los artículos 128 y 129, donde la descripción de las conductas debe ser lo más precisa posible, para no vulnerar el principio de legalidad de los tipos penales. Acerca de esta complejidad se sostiene la importancia de la cuestión en el derecho nacional, ya que el núcleo significativo de los arts. 128 y 129 del Código Penal están expresamente dado por el concepto de obscenidad, debiendo el intérprete desde la perspectiva dogmática atender a esta noción en forma preponderante⁷.

Algunos autores mencionan al artículo 128 como “Ultrajes al pudor”, criticando a la redacción actual al eliminar la protección de la “decencia pública sexual”⁸, si bien debe aclararse que clásicos, como Soler⁹, entendían que ambos delitos eran constitutivos de “ultrajes al pudor” o al “pudor público”¹⁰.

Completando la ilustración sobre los alcances de esta imprecisión en definir los términos aludidos, mencionaremos a título ejemplificativo algunos intentos de definiciones que han dado la doctrina y la jurisprudencia para interpretarlos.

Así 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 lujurioso¹¹.

⁷ Vázquez Rossi, Jorge E.; ob.cit., p. 25.

⁸ Villada, Jorge Luis, ob.cit., pág. 135. Este autor considera que la última reforma legislativa en este aspecto, al despenalizar a los mayores, está hecha a medida de los conglomerados internacionales que se dedican a realizar y exhibir películas pornográficas. Sostiene que el consumo indiscriminado de pornografía es una característica de los países subdesarrollados, dado que los países desarrollados si bien los producen poseen rígidas normas de restricción respecto a ese material (págs.137/8). Se impone aclarar que no compartimos tal postura, al menos, prejuiciosa y carente de investigaciones jurídicas normativas y criminológicas de campo que le den sustento.

⁹ Soler, Sebastián, ob.cit., pág. 330 y ss.

¹⁰ Ure, Ernesto J.; La tutela penal del pudor público, La Ley, T. 64, pág. 760 y ss.

¹¹ Núñez, Ricardo, ob.cit., pág 378 y ss., donde lo hace con referencia al art. 128 del CP.



Soler reconocía que no existe nada que, en sí mismo, pueda ser calificado de obsceno sin consideración a ciertas circunstancias, de naturaleza no objetiva, que les imprimen ese carácter¹².

Más allá de esta polémica en la que Núñez parece inclinarse hacia la realidad objetiva y Soler hacia la intencionalidad subjetiva, ninguno de los dos autores prescinde del restante elemento¹³. Fontán Balestra lo ha definido como lo torpe y lujurioso, que tiende a excitar los apetitos sexuales¹⁴. Ure afirmaba que la pornografía es obscenidad, es una depravación del sentimiento, una perversión ética, una psicopatía del intelecto¹⁵.

Una línea jurisprudencial que podríamos clasificar como “tradicional” sostuvo que *“lo obsceno no reside en que sea simplemente inmoral, lo que se proyecta por la escritura o la imagen, sino que lo obsceno corresponda a la esfera de lo sexual, a lo impúdico por la lujuria, vale decir, lo que es sexualmente vicioso por representar un exceso respecto del sexo”*¹⁶.

La diferencia sustancial existente entre el art. 128 y 129 del Código Penal, en orden a sus referencias a la “obscenidad”, reside en que mientras que en el primero lo obsceno está constituido por publicaciones, objetos o imágenes; en el segundo debe tratarse de un sujeto el que realice una exhibición obscena¹⁷.

Borinsky afirma -con razón- que acertadamente se habla de la zigzagueante y difusa línea que divide lo obsceno de lo que no lo es: algo es tenido por obsceno –y su descripción como pornográfica- cuando trasciende ciertas normas sexuales de contenido variable según la época y la comunidad en que rigen¹⁸. Concluye Figari que la ley penal hace mención a lo pornográfico, vocablo equivalente a lo obsceno, circunstancia ésta que no ha sido superada, pese a la afirmación del legislador, alguna doctrina y sobre tal giro idiomático es menester trabajar, señalando que es tarea del intérprete tratar de llegar a un acercamiento lo más adecuado posible para su correcta utilización¹⁹.

¹² Soler, Sebastián, ob.cit. pág. 337.

¹³ Vázquez Rossi, Jorge, ob.cit.,pág. 26.

¹⁴ Fontán Balestra, Carlos, ob.cit., pág. 166.

¹⁵ Ure, Ernesto J., ob.cit.

¹⁶ CNCrim. y Correc., sala II, “Musotto, Néstor J”, sentencia del 24/10/85, La Ley, 1986-D, siguió el criterio ya sustentado por la misma sala en la causa “Planchadell”, LL, T. 1985-A. Se debe señalar que esta postura clásica en la interpretación del tipo penal en la causa “Musotto” es congruente con el concepto del bien jurídico protegido puesto que sostiene que *“El titular del bien lesionado por los ultrajes al pudor público es la sociedad, y ese bien es la decencia sexual pública”*.

¹⁷ Conf. Núñez, ob cit., pág 387.

¹⁸ Borinsky, Carlos, en su artículo *“Cinematografía, ley penal y obscenidad”*, Doctrina Penal, Año 9, Depalma, Nos 33 a 36, 1986, pág. 87/8.

¹⁹ Ob.cit., pág. 375/6. La solución limitadora planteada por el autor citado si bien resulta un claro esfuerzo, al reconocer las dificultades de ambos términos, para zanjar la inconstitucionalidad de los tipos de los arts 128 y 129 CP, queda en



Reflexiona Vázquez Rossi que en definitiva *“lo único que podemos saber sobre lo obsceno, es que tal calidad existe sólo en la medida en que alguien, con autoridad para hacerlo, dice que algo lo es”*²⁰.

En igual tesitura merece rescatarse el voto en disidencia del ministro de la CSJN, Enrique Petracchi, en la causa “Bresky” quien adoptó una postura claramente defensiva de los derechos individuales. En este sentido, dijo: *“La ley 23.052 y su decreto reglamentario.... normas surgidas del reconocimiento de la libertad de expresión y que reglamentan el derecho de cada individuo a ver lo que quiere ver, en la medida en que su conducta no perjudique bienes jurídicos ajenos, constituyen un resguardo suficiente al pudor en el ámbito de las exhibiciones cinematográficas, y por lo tanto, su cumplimiento excluye en ese campo la configuración del delito previsto por el artículo 128 del Código Penal”*²¹.

Para finalizar, vale el recuerdo de las palabras de Luis Jiménez de Asúa, quien se refería al art. 128 C.P. con espíritu republicano del siguiente modo: *“Me parece una pretensión absurda tratar de obligar a gente adulta a que vea o deje de ver lo que a una ley, a un fiscal, a un juez o a un censor se le antoje ordenar o prohibir”*²².

b) Verbo típico

La acción típica: ¿Exhibición obscena o acto de exhibición obscena?

En qué consiste la acción típica es un punto de importancia para poder determinar si el acto de exhibir un cuerpo ya constituye delito o si por el contrario se necesita un plus, consistiendo este en un “acto” de exhibición obscena.

Dentro de las posturas clásicas se entendió que la acción no consiste solamente en el hecho de poner de manifiesto una parte del cuerpo, sino simplemente la presentación en público de un espectáculo obsceno, haya o no desnudez puesta de manifiesto²³.

Esta diferencia fue observada por Fontán Balestra al hacer referencia al artículo 128 segundo párrafo antes de la reforma legislativa, en el sentido que tanto los espectáculos de teatro o televisión

definitiva expuesta al libre albedrío del juez de turno.

²⁰ Ob.cit., pág. 30.

²¹ Fallo publicado y comentado por Carlos Colautti bajo el título “Una acertada disidencia” en La Ley, T. 1989-C, pág.392/97. En sentido contrario ver causa “Planchadell, Enrique”, CNCrim. y Correc., Sala II, noviembre 6-1984, fallo nro 83.525, publicado en La Ley, T.1985-A, pág.57/63.

²² Jiménez de Asúa, Luis; “La protección penal del pudor público”, en “El Criminalista”, 2º serie, Tomo V, Víctor P. de Zavalía Editor, Buenos Aires, 1961.

²³ Soler, Sebastián; ob.cit., pág. 343/4.



debían consistir en actos, que contengan obscenidad en sí o en el hecho de ser mostrados²⁴. Siguiendo la señera jurisprudencia de la Cámara del Crimen de la Capital Federal²⁵ es necesario que se muestre o haga algo obsceno.

Se ha señalado oportunamente que la sustitución de la expresión *exhibiciones obscenas* por la de *actos obscenos* por las leyes 17.567 y 21.338 no hizo otra cosa que trasladar a la ley el contenido que la doctrina y jurisprudencia habían dado a la primera durante la vigencia del texto original. Consideraba Creus que la obscenidad del acto no estriba tanto en su naturaleza como en su eventual trascendencia a terceros dando el ejemplo de aquella persona que hace “aguas” que no tiene nada de obsceno, pero que se convierte cuando se hace en presencia de terceros que no han consentido presenciarlo²⁶. De todas formas consideramos que este ejemplo no constituye delito aún cuando un tercero observe involuntariamente a otro orinar, precisamente por que no existe una “escena” montada sino, a lo sumo, una simple “exhibición”.

Conforme refiere López Casariego²⁷, la actual ley 25.087 sigue sosteniendo el sentido más restringido al tipificar solamente a los actos de exhibiciones obscenas, de acuerdo a los criterios actuales de mínimo intervención penal y a una interpretación estricta de los tipos penales.

Como pauta de referencia en la doctrina española se ha señalado que el acto de exhibición obscena debe reunir dos requisitos:

- 1) Incuestionable carácter sexual.
- 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 al 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 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; agregan como elemento subjetivo del injusto que el acto se perpetre con ánimo libidinoso²⁸.

²⁴ Fontán Balestra, Carlos; ob.cit. pág. 174.

²⁵ Fallos, T. 2, pág. 454.

²⁶ Creus, Carlos, ob.cit. pág. 225.

²⁷ Casariego López, Julio E.; “Exhibiciones obscenas en la vía pública”, LL, T. 2000-F, pág. 559.

²⁸ Ob. cit.; pág. 188.



Acotando de esta forma la interpretación nos va a permitir desechar acciones tales como orinar en la vía pública, exhibir un cuerpo desnudo al público, o las palabras obscenas, etc., por resultar atípicas sin perjuicio que este tipo de conductas puedan quedar dentro del ámbito de lo contravencional. Resulta importante que en nuestro código el *acto debe estar expuesto a ser visto involuntariamente por terceros*, mientras que en el código español es más preciso al referir que el *acto debe ser ejecutado ante menores*, por lo que si bien es cierto que la exigencia parecería ser diferente, a los efectos de realizar una interpretación más acotada de la norma nacional en estudio, puede servir como una pauta interpretativa.

Con relación a esta problemática en nuestro país hace unos años se suscitó una controversia pública al realizarse en la Capital Federal, más precisamente en el Obelisco ubicado en la Avenida 9 de Julio, unas fotografías artísticas -que formaban parte de una serie que se venía desarrollando en distintas capitales de países europeos y americanos-, con gran cantidad de participantes desnudos en diferentes poses, lo que motivara que un abogado de esa ciudad formulara denuncia penal contra el Jefe de Gobierno de la ciudad y el artista que propuso la idea, por considerar que las personas que posaron conformando en definitiva la imagen pretendida habían incurrido en el delito de exhibiciones obscenas y, quien lo permitiera, en abuso de autoridad²⁹. De las consideraciones ya expresadas surge que la conducta es a todas luces atípica puesto que no constituyó un acto de exhibición obscena sino simplemente la exhibición de cuerpos desnudos en la vía pública con el objeto de tomar fotografías, sea o no considerado por el ocasional observador como una obra artística o no. Afortunadamente el dictamen del Fiscal en lo Correccional Mauro Divito entendió que no hubo una actitud dolosa por parte del fotógrafo y de los participantes solicitando al Juez Omar Facciuto que desestime la denuncia³⁰, petición esta que fue acogida al afirmar que los hechos carecían de relevancia penal *“más allá del efecto negativo que le pudo haber generado al denunciante como así también a otras personas”*³¹.

c) Sujeto activo:

²⁹ Nota publicada en el diario “Crónica” el 9/4/02 en donde se transcribe partes de la denuncia formulada por el abogado Oscar Igounet en donde entre otras cosas dice *“Hombres y mujeres completamente desnudos se acostaron en la calle al salir el sol, boca arriba, de costado, boca abajo, mostrando sus partes pudendas mezclados los unos con los otros, hombres con hombres, mujeres con mujeres parejas de distinto sexo se dejaron fotografiar y caminaron indecentemente con sus órganos bamboleantes y colgantes, flácidos o erectos”*, en otra parte refiere *“Ese aquelarre orgiástico de cuerpos desnudos no se llevó a cabo en una casa o en un predio privado, sino que se lo hizo en la vía pública, en plena Avenida 9 de Julio, a la vista de todos y con la colaboración de la Policía Federal y de las autoridades comunales”*.

³⁰ Noticia aparecida el 8/5/02 en www.diariojudicial.com.ar.

³¹ Noticia aparecida el 15/5/02 en www.diariojudicial.com.ar.



El sujeto activo puede ser cualquier persona, no haciendo la ley una distinción, es por lo tanto un delito común. No se puede soslayar que el concepto de acción que se ha explicado presupone – con obviedad– la capacidad del sujeto activo. El resaltarlo se vincula estrictamente a que en el delito que comentamos puede ser que, en muchas ocasiones, aquel padezca alguna alteración en su personalidad³² e ingrese dentro de las causales del art. 34 inc 1 Código Penal³³.

Con relación a la participación criminal el tipo refiere *tanto al que ejecutare como quien los hace ejecutar*, siendo por lo tanto aplicable los principios de la autoría mediata, se ha interpretado que lo que la ley ha querido es incluir en la responsabilidad penal propia de la autoría al agente que no realiza él mismo los actos obscenos³⁴.

Así se señalan diferentes supuestos de participación criminal que se podrían presentar:

- Que se induzca a una persona a ejecutar los actos de exhibición obscena; en cuyo caso el inductor responderá como tal y el inducido como autor, siempre que sea imputable.
- Que alguien se sirva de otro como instrumento inconsciente para realizar los actos de exhibición obscena, de una persona inimputable o inducida a error mediante engaño, en este caso nos encontraremos en un supuesto de autoría mediata y de irresponsabilidad de la persona instrumentalizada, por ausencia de imputabilidad o a causa del error.
- Que se obligue a otro a hacer los actos obscenos con violencia o intimidación, que también caería en el supuesto de autoría mediata.
- Que se aplique “vis absoluta” sobre la persona utilizada y en tal caso más que de autoría mediata deberíamos hablar de autoría inmediata. Se da el ejemplo de desnudar a una persona por la fuerza y se la somete a tocamientos íntimos ante menores o incapaces³⁵.

Sin perjuicio de lo expuesto, la reforma de la ley 25.087 introdujo una equiparación a la calidad de autor en el artículo 133 al decir: *“Los ascendientes, descendientes, cónyuges, convivientes, afines en línea recta, hermanos, tutores, curadores y cualesquiera persona que, con abuso de una relación de dependencia, de autoridad, de poder, de confianza o encargo, cooperaren*

³² Según el DSM –IV pudiera ser la conocida como *parafilia*, o, según el CIE-10 OMS, *desviaciones sexuales*, siendo este último un concepto más tradicional. Ahondar sobre esto excede nuestro objeto de atención.

³³ Su texto: *“No son punibles: El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones”*.

³⁴ Creus, Carlos; ob.cit., pág. 228.

³⁵ Todos enunciados por Orts Berenguer, E. – Suárez Mira Rodríguez, C., en su obra *“Los delitos sexuales”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 193.



a la perpetración de los delitos comprendidos en este Título serán reprimidos con la pena de los autores”.

De este modo, aquellos que cooperaren en la realización de la exhibición obscena serán tratados, a los efectos de determinar la pena, como si fueran los autores. Como se podrá observar se quiebra la regla en materia de participación criminal estatuida por el Código Penal en Libro Primero, Título Séptimo (artículos 45 a 49), puesto que no distingue entre una participación necesaria o secundaria, optando expresamente el legislador por la primera opción.

d) Sujeto pasivo

Con relación al sujeto pasivo se sostuvo que puede ser indeterminado³⁶, pero la mayoría de la doctrina considera que el acto de exhibición obscena debe estar dirigido a personas determinadas.

En igual sentido en la causa “*G.L.M y otros*” (del Juzgado de 1º Instancia en lo Correccional, fallo del 16/5/86, confirmado por la Sala VI de la CNCrim.yCorr.) se dijo que “*la norma legal protege al individuo y no a la sociedad, o sea que debe amparar a quien no quiera ver algo que lo ofenda*”³⁷, resolviendo desestimar la denuncia por considerar que no existió delito en los términos del art. 129 C.P.

Nuestra posición: consideramos que el sujeto pasivo debe ser determinado o determinable, piénsese un acto de exhibición obscena aún en un lugar público, debe determinarse a las personas que lo presenciaron, siendo esta una cuestión instrumental.

No se puede sostener que “toda” la comunidad es la ofendida. Esto implica una postura paternalista, puesto que puede ser que las personas que efectivamente observen el acto obsceno no se encuentren en modo alguno violentadas, entonces cabría preguntarse cuál es la circunstancia que habilitaría en este caso la reacción penal estatal.

Debe existir una lesión al bien jurídico integridad sexual, libertad sexual o autodeterminación sexual, cualquiera sea en definitiva el término utilizado. Este se encuentra direccionado hacia sujetos concretos y no a un “ente” como lo sería la sociedad en su conjunto. De mantener una postura como la referenciada se estaría castigando meras formalidades, quedando relegado el principio de lesividad. En un estado democrático el injusto debe consistir en un disvalor de acción pero también

³⁶ Soler, Sebastián, ob.cit., pág. 344.

³⁷ Publicado en E.D.,T 122, 1987 con nota en sentido contrario de Guillermo De La Riestra. El hecho consistió en que un matrimonio concurrió a un cabaret en donde una pareja desnuda realizó una representación de un acto sexual, debiendo señalarse que la publicidad del local anunciaba de manera escandalosa el espectáculo que se ofrecía. El autor mencionado llegó a considerar que “aunque el teatro hubiese estado totalmente vacío, aunque no se hubiese vendido una sola entrada, el delito por ser de peligro, se consumó igualmente”.



en un disvalor del resultado. Posturas que en el campo del “derecho penal sexual” dan preponderancia al disvalor de acción, tienden recaer en soluciones de corte autoritario y paternalista, en el sentido de marcar una determinada moral con prescindencia de la opinión de los posibles involucrados³⁸.

Asimismo, esta desmedida protección del legislador en considerar a los mayores de edad como posibles víctimas de este tipo de conductas³⁹, es consecuente con el agravar la conducta cuando se trate de menores entre 13 y 18 años que *voluntariamente* accedieran a un acto de exhibición obscena o cuando se trate de los menores de 13 años, hayan o no prestado consentimiento para el acto.

Inevitable, en la misma línea, resulta remarcar la incoherencia con el resto de la sistemática del título, puesto que respecto a la edad del sujeto pasivo se menciona como agravantes en los delitos que correspondan según el caso, a los menores de 14 años (art. 128 in fine) o de 13 o 16 años (art.130 segundo y tercer párrafo, 120), pero nunca partiendo del mayor de 13 directamente hacia el de 18 años (art. 129 in fine).

Es decir que la conducta en que el estado debería abstenerse de intervenir o en su caso hacerlo con menor intensidad, considera como agravante a los sujetos pasivos menores entre 13 y 18 años de edad, en vez de establecer el límite de edad en los 13 ó 14 años, como si lo hiciera en los supuestos que ya referimos a título ejemplificativo. Esta misma observación respecto a la incoherencia del legislador al delimitar las edades de las víctimas y sus diferentes consecuencias, la advirtió Buompadre al señalar con relación al art. 129 C.P., que mientras por un lado se le prohíbe al menor de 13 años mirar una revista pornográfica, por otro lado se le permite relaciones hetero u homosexuales a partir de esa edad, concluyendo que lo expuesto torna discutible la posibilidad de peligro de lesión al bien jurídico tutelado en caso de menores de 18 años cuando es el propio Código Penal el que determina el momento de iniciación sexual de los jóvenes a los 13 años de edad⁴⁰.

Con el fin de acotar la criminalización, cuando personas mayores de edad observen un acto de exhibición obscena, se resolvió desestimar una denuncia por considerar que la conducta resultaba

³⁸ Con relación al tipo del art.128 Malamud Goti, ob.cit., pág. 497, sostiene que se debe identificar al sujeto pasivo de los delitos que protegen el pudor o la moralidad sexual, considerando a las posturas que consideran que estos actos ofenden a la sociedad en su conjunto como paternalistas.

³⁹ En España el Tribunal Constitucional en la sentencia 232/1997, consideró atípica la ejecución de actos de exhibición obscena entre adultos, refiere Orts Berenguer que por fortuna con la última reforma, no se volvió a punir la conducta respecto a los mayores de edad. (Ob.cit., pág. 185).

⁴⁰ Buompadre, Jorge E.; ob.cit., pág. 434.



atípica por no afectar el bien jurídico protegido utilizando como fundamento el principio de insignificancia o bagatela⁴¹.

Para finalizar, consideramos como forma correctiva de mínimo para evitar criminalizar conductas en que las víctimas mayores de edad no se vean afectadas por actos de exhibiciones obscenas y que hoy, por el principio de oficialidad (art. 71 del C.P.), el aparato jurisdiccional puede intervenir en forma directa; de *lege ferenda* proponemos se incorpore al inc 1 del art 72 del Código Penal⁴² las exhibiciones obscenas como delito dependiente de instancia privada.

Esta incorporación no traería dificultades sistémicas en la actual estructura del código puesto que los delitos que se mencionan en el citado inciso 1 ° son de los más graves correspondiente al Título de los “Delitos contra la Integridad Sexual”. No sería, en realidad, ninguna novedad ya que la ley 23.077, cuando derogó la ley 21.338, incorporó en su momento a todas las ilicitudes del Capítulo III, del Título III del Código Penal como acción dependiente de instancia privada⁴³.

3. Tipo Subjetivo

Pacíficamente se ha entendido que el delito sólo es imputable a título de dolo⁴⁴, debiendo el autor tener la conciencia y voluntad de que el acto sea involuntariamente visto por un tercero. Se sostiene que debe ser con dolo directo, no siendo posible el dolo eventual en este tipo de conducta y, para el caso de duda, el supuesto debe ser resuelto como un error de tipo⁴⁵. Sin embargo dentro de la doctrina nacional numerosos autores entienden que puede llevarse a cabo con dolo eventual.

⁴¹ La presente resolución se encuentra sin publicar, y fue extraída del Sistema Informático de la Fiscalía General del Depto Judicial de Mar del Plata, UFIJE 5, IPP 129.860 del año 2003. El hecho trató de un sujeto del sexo masculino que se desnudó y comenzó a tocar sus partes íntimas profiriendo la palabra “Quieren, fiesta, fiesta” (SIC) frente a una vivienda en donde se encontraban personas mayores y menores de edad reunidas en época estival con las ventanas abiertas. Que luego de la intervención de la justicia de menores, y de la realización de pericias psicológicas a los tres menores de edad (9, 7 y 6 años), se concluyó que ninguno de ellos observó lo sucedido. Así el fiscal luego de considerar que el bien jurídico debía ser con relación a personas determinadas o determinables, que las palabras mencionadas por el sujeto eran atípicas, señaló que: “A los efectos de acotar el tipo penal, y de esta forma evitar la arbitrariedad, es necesario reducir la interpretación de la figura a su máxima expresión. En esta tésis, principios reductores del derecho penal como la insignificancia o bagatella evitan mediante la aplicación de la tipicidad conglobante, en los términos de Zaffaroni, evitar la irracionalidad punitiva cuando el bien jurídico protegido no resulta atacado o su lesión es de poca significancia”.

⁴² Artículo 72: Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1. Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultaren la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91.

⁴³ Esta cuestión se planteó “obiter dictum” en la causa “Musotto, Néstor”, fallo citado, al rechazar el planteo por considerar que el afectado era la sociedad. Dentro de la doctrina nacional propugna igual solución Víctor Reinaldi (ob.cit., pág. 225).

⁴⁴ Entre otros Núñez, ob.cit., Pág. 389. Fontán Balestra, ob.cit., pág. 177.

⁴⁵ Donna, Edgardo, ob.cit. pág. 180.



Dentro del derecho español, traído a colación por la similitud de las figuras, la Audiencia Provincial de Cantabria, en sentencia del 15/12/98 ha entendido que el delito de exhibicionismo (art. 185 CP) exige una intención de ser visto por terceros, por lo que no comete este delito quien se masturba en un portal y es sorprendido por unas menores cuando regresaban a su domicilio⁴⁶.

En sentido contrario sostiene Creus que basta con que el autor acepte que su acto pueda tener trascendencia pública, para que el delito se consuma⁴⁷. También admiten el dolo eventual Núñez y Reinaldi, entre otros, dado que bastaría la posibilidad de que los actos sean vistos por personas determinadas⁴⁸. Coincidiendo con Donna, parece dificultoso admitir el dolo eventual tanto cuando el propio autor practica el acto de exhibición obscena o como cuando lo hace practicar a un tercero.

Algunos autores han sostenido la posibilidad que la conducta pueda ser castigada tanto en forma dolosa como culposa (Soler, Moreno, Díaz, Malagarriga)⁴⁹. Trata de explicar esta situación Fontán Balestra, que si bien siempre estuvo de acuerdo en que se trataba de un delito doloso, en la redacción del tipo anterior a la modificación efectuada por la ley 17.567 que utilizaba la frase *pero expuesto a que sean vistos involuntariamente por terceros*, podría llevar a algunos autores a interpretarlo de esta forma⁵⁰.

4. Iter críminis

Al considerarlo como un delito de peligro Soler sostenía que se consuma ante la posibilidad de que el acto sea visto, sin que efectivamente lo haya sido⁵¹. En igual sentido Tenca⁵², Figari⁵³ y Villada⁵⁴, entre otros, quienes sostienen que el delito se consuma en el momento en que se realiza el acto obsceno, con independencia de que llegue a ser visto por terceros o no.

En un sentido más restrictivo, Donna sostiene que el delito se consuma cuando se realiza la exhibición en público, al considerarlo un delito de peligro no admite la tentativa⁵⁵. Creus considera

⁴⁶ Alonso Pérez, Francisco; “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (perspectivas jurídica y criminológica)”, Dykinson, 2001, pág. 108.

⁴⁷ Creus, Carlos; ob.cit. pág. 228.

⁴⁸ Reinaldi, Víctor, ob.cit., pág. 224.

⁴⁹ Así entre otros Soler, Sebastián; ob.cit., pág. 345. Rodolfo Moreno, “El código penal, T IV, pág. 229. Malagarriga, Código Penal, T II, pág. 231. Díaz, “El código penal”, 530.

⁵⁰ Fontán Balestra, Carlos, ob.cit. 177.

⁵¹ Soler, Sebastián; ob.cit., pág. 344.

⁵² Tenca, Marcelo A.; “Delitos Sexuales”, Astrea, 2001, pág. 199.

⁵³ Figari, Rubén E.; ob.cit. p.393.

⁵⁴ Villada, Jorge L.; ob.cit., pág. 144.

⁵⁵ Donna, Alberto Edgardo; ob.cit., pág. 181.



que el delito se consuma con la realización del acto obsceno en las condiciones típicas, aunque no trascienda efectivamente a terceros⁵⁶. Buompadre considera que es un delito de pura actividad, cuya consumación coincide con el acto de exhibición obscena, considera posible la tentativa, aunque aclarando que le es muy difícil de imaginar⁵⁷. En igual tesitura se encuentra Reinaldi⁵⁸.

Con el nuevo texto, los actos de exhibición obscena se pueden realizar en sitio público o privado, pero que puedan ser vistos involuntariamente por terceros. Conforme refiere Buompadre sitio público no quiere decir sitio al aire libre (ej. campo abierto). El concepto no abarcaría a aquellos sitios que por su naturaleza son públicos, pero que al momento del hecho no están abiertos ni expuestos al público (ej. museo en horario en que se encuentra cerrado al público). Sitio privado es el lugar reservado al acceso de determinadas personas, o bien aquel que por su naturaleza no es público ni expuesto al público, o que siéndolo no está abierto ni expuesto al público. Finalmente el sitio privado puede ser de carácter permanente (ej. vivienda familiar) o transitorio (ej. cuarto de hotel). Debemos concluir con el autor citado que la exhibición obscena no es punible cuando se realiza en lugar privado por estar amparado bajo el art. 19 de la Constitución Nacional⁵⁹.

En sentido contrario considera Reinaldi que la publicidad, luego de operada la reforma, dejó de ser un elemento esencial del delito⁶⁰, mientras que Gavier señala que debe existir la publicidad potencial y con ello el delito, si la exhibición se realiza en un sitio privado, que no está habilitado para el uso público, aún cuando esporádica o frecuentemente pueda estarlo⁶¹. Consideramos que una interpretación tan amplia es violatoria del derecho a la intimidad.

Admite aisladamente la posibilidad de que el delito sea cometido en grado de tentativa Núñez, dando el ejemplo de aquel que corre, ya desnudo, desde el fondo de su casa hacia la vía pública para mostrarse a la manifestación que pasa, pero es detenido mientras pretende abrir la puerta de calle⁶².

5. Concursalidad

⁵⁶ Creus, Carlos; ob.cit. pág. 227.

⁵⁷ Buompadre, Jorge; ob.cit. 445.

⁵⁸ Reinaldi, Víctor F.; ob.cit. pág. 225.

⁵⁹ Conf. Buompadre, Jorge; ob.cit., pág. 445.

⁶⁰ Reinaldi, Víctor F.; ob. cit., pág. 223.

⁶¹ Gavier, Enrique A.; ob.cit. pág. 112.

⁶² Núñez, Ricardo, ob.cit., pág. 390. En sentido opuesto Buompadre considera que el caso sería más un acto preparatorio que a una tentativa de delito. (ob. cit. nota 180 de la página 445).



Es factible el concurso delictual, como ya lo señaláramos respecto al art. 128 C.P., sin perjuicio de que en muchos casos se verá desplazada en concurso aparente por relación de consunción con figuras más graves.

6. Pena

Respecto a la incriminación cuando el sujeto pasivo es mayor; no podemos más que lamentar que el legislador haya perdido la oportunidad para despenalizar la conducta. No encontramos aquí ningún fundamento serio que permita conectar a este tipo de conductas con el bien jurídico protegido, puesto que un acto aislado, sin que exista un componente de violencia o de intimidación, no comporta un ataque a la integridad sexual, aunque sea molesto o, las más de las veces, incluso patético presenciar estas acciones.

Esta misma observación la realizó Vázquez Rossi al señalar, luego de repasar las colecciones jurisprudenciales, dos hechos significativos: a) que los mismos registran una cantidad que, en comparación con otros temas delictivos, es francamente reducida; y b) que al menos en los casos más espectaculares la cuestión se ha planteado en torno a obras de relativa importancia y contenido polémico⁶³.

Con las consideraciones realizadas, las escasas sentencias en el orden nacional que surge de la bibliografía consultada y los graves reparos constitucionales que posee la figura en términos del principio de legalidad estricta, cabe preguntarse seriamente si es necesario mantener esta figura que constituye, virtualmente, otro ejemplo de un derecho penal “simbólico”.

Respecto de la punición cuando el sujeto pasivo es menor, la pena luce desproporcionada si se advierte que es igual a la prevista para tipos de resultado de mayor gravedad contra el mismo bien jurídico.

⁶³ Ob.cit., pág.34.