

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Procurador General, se deja sin efecto la sentencia en lo que fue materia de recurso. Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda se dicte nuevo fallo con arreglo a lo expuesto.

AUGUSTO CÉSAR BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT
— ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI — JORGE
ANTONIO BACQUÉ.

NESTOR JULIO MUSOTTO Y OTROS

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestión federal. Cuestiones federales complejas. Inconstitucionalidad de normas y actos nacionales.

Procede el recurso extraordinario deducido contra la sentencia que, al rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 128 del Código Penal, aplicó una ley nacional impugnada como inconstitucional.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

El principio de legalidad en materia penal (art. 18 de la Constitución Nacional) exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las penas a aplicar.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales.

El art. 128 del Código Penal satisface el principio de legalidad en materia penal, en cuanto exige la precisión de los hechos punibles y de las penas a aplicar, pues si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujetos a punición, la "ley previa" no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y no existe obstáculo constitucional alguno para que cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural.

LEY: Interpretación y aplicación.

Es tema específico del Poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio, la determinación del sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso y dicha función interpretativa no queda proscripta por la naturaleza penal de la norma en cuestión —art. 128 del Código Penal—, aún cuando la atribución encuentre límite solamente en la necesidad de que el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Exclusión de las cuestiones de hecho. Varias.

Lo atinente a si una carta y una fotografía publicadas revisten carácter obsceno (art. 128, Código Penal) remiten al examen de una cuestión de hecho y prueba y de derecho común, propia de los jueces de la causa y ajena como regla y por su naturaleza, al recurso extraordinario.

RECURSO EXTRAORDINARIO: Requisitos propios. Cuestiones no federales. Sentencias arbitrarias. Principios generales.

No corresponde analizar la sentencia impugnada desde el punto de vista de la doctrina de la arbitrariedad, si ésta no se la alegó expresamente, ni se aportaron razones suficientes que permitan descalificarla —más allá de su acierto o de su error— como acto jurisdiccional.

CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Igualdad.

El desmedro de la igualdad ante la ley que garantiza el art. 16 de la Constitución Nacional se configuraría si emanase del texto mismo de la ley, y no de la diversa interpretación que pudieran acordarle los jueces; siendo esta última cuestión ajena al art. 14 de la ley 48, la que sólo sería susceptible de consideración por medio de la doctrina de arbitrariedad.

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL

Suprema Corte:

Se interpuso recurso extraordinario contra la sentencia dictada por la Sala Segunda de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal por la que se condenó a los

imputados en autos como autores del delito previsto en el art. 128 del Código Penal, según redacción de la ley 23.077.

Sostiene el recurrente que el art. 128 del Código Penal infringe la garantía de ley previa consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional. Ello en razón de que el término “obsceno” posee una indeterminación tal que hace imposible conocer con anterioridad si la publicación, la imagen o el objeto resultarán o no obscenos a criterio del juez. Agregando que si el juez es quien “califica” la publicación se transforma en legislador.

El recurso plantea de algún modo una cuestión que no es nueva en el Derecho Penal y que se remonta a Beccaria, quien en su libro “*Dei Delitti e Delle Pene*” sostuvo, en su afán de impedir que los jueces obraran con arbitrariedad, que la ley penal no debe ser interpretada, es decir, que sus normas deben ser suficientemente claras y explícitas como para hacer innecesaria toda interpretación. Sin embargo esta pretensión a la que se arribó en búsqueda de máxima seguridad jurídica habría de ser abandonada cuando se halló ante un inconveniente infranqueable representado por las limitaciones del lenguaje. En efecto, las normas penales no son sino descripciones de conductas que el legislador estimó antisociales y por ello les anexó la amenaza de una pena o sanción. Esta descripción se formula mediante palabras que tienen un significado más o menos determinado. La tarea del intérprete —de ellos el que aquí nos interesa es el juez— consiste en verificar si la conducta de un individuo a quien debe juzgar se ajusta a la descripción inserta en la ley, es decir, si contiene todos los elementos objetivos y subjetivos incluidos en la norma.

Esta tarea del juez será más o menos dificultosa de manera inversamente proporcional al éxito obtenido por el legislador en la redacción de una ley clara, precisa, de correcta técnica legislativa, pero siempre será necesaria, absolutamente ineludible. Deberá interpretar el sentido de la ley partiendo del significado y extensión de las palabras que la conforman, atendiendo luego a su finalidad, el contexto en el que está inserta, sus antecedentes, etc.

Una palabra puede tener dos o más significados y su alcance o extensión tiene a menudo límites imprecisos. Existen también pala-

bras que aluden a conceptos no del todo definidos e incluso variables en el tiempo. Entre ellas podemos incluir al adjetivo "obsceno" contenido en el art. 128 del Código Penal, que aquí nos interesa, y cuyo significado proporcionado por el diccionario de la Real Academia Española es lo "impúdico, torpe, ofensivo al pudor".

Según el recurrente la imprecisión del término motiva que el sujeto, en el caso su defendido, antes de la publicación del material ignorara si éste habría de ser tildado o no de "obsceno", con lo cual se transgrediría la garantía de ley previa.

Considero, sin embargo, que no obstante la vaguedad que se atribuye al adjetivo obsceno no cabe razón al impugnante en cuanto a que existe una absoluta imposibilidad por parte del sujeto de conocer, de modo anticipado, si la publicación podía o no ser así calificada. En efecto, aun cuando sus límites son imprecisos la palabra "obsceno" es comprendida por el común de las gentes de forma lo suficientemente clara como para conocer o prever por anticipado cuándo su acción puede ser objeto de reproche.

En el caso de autos esta posibilidad de prever las consecuencias de su conducta, al menos a título de dolo eventual, resulta evidente, dado que más allá de la discrepancia que pudiera existir entre la Cámara y la jueza de primera instancia en cuanto a calificar la fotografía, lo cierto es que el contenido de la supuesta carta de un lector, que me abstendré de analizar remitiéndome a lo dicho por los jueces de la causa, aleja toda duda. La descripción que en ella se efectúa revela un propósito inocultable en su publicación claramente dirigido a una exaltación del sexo de manera torpemente ofensiva.

Puede, pues, discutirse que con los términos moral sexual media, pudor público u obscenidad no se expresan conceptos precisos, que son conceptos sólo relativos. Sin embargo, referidos a una sociedad determinada, en un momento determinado e insertos en el contexto del Código Penal, esos conceptos adquieren contornos mucho más definidos. Pretender más es no reconocer las limitaciones humanas, y la del lenguaje es una de ellas, pues como dice Genaro Carrió en su libro *Derecho y Lenguaje*, primera edición, año 1976, pág. 43, refiriéndose a distinciones tales como las que marcan las palabras "de-

lito” y “cuasidelito”, ligadas a “dolo” y “culpa” y otras expresiones comúnmente usadas en derecho, “Nadie puede negar que estas fórmulas verbales son claramente aplicables a algunos supuestos de hecho, claramente inaplicables a otros, y dudosamente aplicables a casos atípicos, anómalos o marginales, no podemos encerrarnos en la falsa seguridad de que los tecnicismos del lenguaje jurídico pueden eliminar esta última categoría de casos. La diaria experiencia de los tribunales y, en general, el contacto profesional con el derecho, nos enseñan que esa seguridad es quimérica”.

Adviértase, además, que el art. 129 del Código Penal, al describir la acción típica se refiere a “exhibiciones obscenas”, término al que se le puede achacar la misma vaguedad. No obstante, si un sujeto para satisfacer sus torcidos instintos ejecuta un acto obsceno exhibiéndose en la vía pública ante una mujer, creo que a nadie se le ocurriría sostener, con alguna posibilidad de éxito, que hasta que el Juez no lo castigara, tal sujeto no podía prever que estaba cometiendo un delito y que existía, si se lo condenaba, una violación a la garantía de ley previa.

Esto es así pese a que “exhibiciones obscenas”, tiene la misma “vaguedad” que “obscenidad”, porque en el ejemplo el desprecio por el pudor de los terceros con tal de satisfacer bajos instintos aparece tan claramente expresado en el accionar del individuo que resulta imposible negar su contenido doloso.

Deben, pues, descartarse aquellos argumentos que persiguen la descalificación constitucional de la figura del art. 128 del Código Penal basándose más en la alegada ausencia del elemento subjetivo, que estas figuras requieren según buena parte de la doctrina, que en la presunta indeterminación del tipo penal.

Reconocido entonces que, aun en el ámbito del derecho penal, las normas siempre deberán ser interpretadas por claras que aparezcan, por lo que la certeza sólo es una cuestión de grados (ver obra antes citada, pág. 109), estimo que debe rechazarse la objeción que plantea el recurrente en razón de que la norma impugnada es lo suficientemente precisa como para ser comprendida por aquellos a quienes va dirigida.

En cuanto a que al calificar la publicación el juez se transforma en legislador, considero que descartada la impugnación basada en la supuesta indeterminación del tipo del art. 128, de la actividad del juez en el caso no se diferencia apreciablemente la que realiza cada vez que debe subsumir una conducta en la figura legal correspondiente, en especial en las formas culposas. La objeción, pues, es inhábil para el fin perseguido por el recurrente.

Opino, por lo expuesto, que corresponde confirmar la sentencia en todo cuanto pudo ser objeto de recurso extraordinario. Buenos Aires, 22 de abril de 1986. *Juan Octavio Gauna*.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 29 de septiembre de 1987.

Vistos los autos: “Musotto, Néstor Julio; Huesca, Miguel Pedro Antonio s/art. 128 del Cód. Penal”.

Considerando:

1º) Que la Sala Segunda de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 128 del Código Penal y condenó a Néstor Julio Musotto y a Miguel Pedro Antonio Huesca a la pena de seis meses de prisión de ejecución condicional, por ser el primero autor del delito de publicaciones obscenas y el segundo partícipe necesario y en reiteración, al haber editado y distribuido el N° 18 de la revista “Shock”, en el que se publicó una carta y una fotografía de tal naturaleza. Contra dicho pronunciamiento la defensa interpuso el recurso extraordinario, que fue concedido.

2º) Que, en cuanto al caso concierne, el *a quo* no hizo lugar a la tacha de inconstitucionalidad fundada en la ausencia de ley previa —art. 18 de la Constitución Nacional— sobre la base de considerar que el art. 128 del Código Penal describe la conducta ilícita y determina la pena, de tal modo que el juicio abierto para castigar a una persona tiene fundamento en la ley vigente antes de la ejecución

del hecho. También sostuvo que la ley aplicable contiene una advertencia y la garantía de que sólo en ese caso se perseguirá penalmente —lo que constituye la columna central del derecho represivo— y que, en definitiva, el código de fondo no define lo obsceno, ni da otro elemento que el constituido por la colocación del art. 128 en el capítulo de los delitos que importan ultrajes al pudor público, ya que para el legislador lo obsceno es algo necesariamente lesivo al pudor, cuya interpretación, en el caso concreto, debe efectuarla el juez, sin que ello implique arrogarse facultades legislativas, sino solamente emitir un juicio de valor “empírico, cultural o ético”, lo que está entre sus funciones específicas, habida cuenta de que el artículo en cuestión está integrado por un elemento normativo.

3º) Que el recurrente cuestiona la validez constitucional del mencionado art. 128 del Código Penal, por infringir la garantía de la “ley previa” establecida en el art. 18 de la Ley Fundamental. Aduce que la decisión cuestionada no dio respuesta a su argumento referente a que el término “obsceno” tiene una indeterminación tal, que el sujeto no puede saber con anterioridad si el objeto, la publicación o la imagen van o no a recibir del juez dicha calificación, y refiere que lo prohibido debe estar perfectamente determinado, y que por ello tiene que poder ser conocido y reconocido como tal con toda precisión por el posible transgresor, pues si el tipo penal sólo queda completo después de la valoración del Juez, quien va a realizar la acción no puede de antemano conocer si su obrar va a ser calificado como delictivo. Asimismo, refiere que ignora si el fallo responde a lo que verdaderamente piensa la mayoría de la población sobre el tema, y que, en todo caso, si hace valer lo que piensan los que son más en detrimento de los que son menos, conculca la garantía de la igualdad consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional.

4º) Que el recurso es procedente, ya que la sentencia aplicó una ley nacional impugnada por el apelante como inconstitucional (Fallos: 216:303; 258:255; 302:457).

5º) Que esta Corte tiene resuelto que el principio de legalidad en materia penal (art. 18 de la Constitución Nacional) exige indisolublemente la doble precisión de la ley de los hechos punibles y de las

penas a aplicar (Fallos: 237:636), razón por la cual corresponde determinar si en el caso aparecen cumplidos dichos recaudos, o, ciñendo más estrictamente la cuestión, si así ocurre respecto del primero de ellos, ya que es sólo sobre la base de su presunta ausencia que se formula el planteo de inconstitucionalidad.

6º) Que el art. 128 del Código Penal, que establece "...Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que publicare, fabricare o reprodujere libros, escritos, imágenes u objetos obscenos y el que los expusiere, distribuyere o hiciere circular..." satisface el antedicho requisito, pues, según lo ha declarado el Tribunal, si bien la configuración de los tipos penales obliga a precisar los modos de conducta sujetos a punición, la "ley previa" no importa necesariamente que la figura penal contenga una descripción formalmente agotada, y no existe obstáculo constitucional alguno para que —como en el caso— cuando el contenido de los deberes o de las prohibiciones dependa sustancialmente de una valoración a realizarse en vista de circunstancias concretas insusceptibles de enumeración previa, sea la autoridad jurisdiccional quien determine y aplique esa valoración cultural (Fallos: 300:100; 303:2024; 306:1347).

7º) Que ello es así, porque es tema específico del Poder Judicial e indispensable para el ejercicio de su ministerio, la determinación del sentido jurídico de las normas en función de las circunstancias del caso, y además, porque dicha función interpretativa no queda proscripta por la naturaleza penal de la norma en cuestión, aun cuando la atribución encuentre límite solamente en la necesidad de que el ordenamiento contenga una remisión suficientemente clara al contexto valorativo condicionante de la aplicación del precepto (Fallos: 254:315; 261:305; 293:130, 378 y los citados en el considerando anterior).

8º) Que, por lo demás, lo atinente a si en el caso la carta y la fotografía publicadas revistieron el referido carácter obsceno, remite al examen de una cuestión de hecho, prueba y de derecho común, propia de los jueces de la causa y ajena, como regla y por su naturaleza, a la vía intentada (doctrina de las causas: B.204.XIX. "Baltáian, Martín Antonio s/querella por injurias"; A.116.XX. "Alonso,

Angel y otro s/querrela por desacato”; y 0.251XX. “Osteletsky, Nina s/estafa”, falladas el 26 de octubre de 1982, el 4 de septiembre de 1984 y el 6 de mayo de 1986); sin que corresponda analizarla desde el punto de vista de la doctrina de la arbitrariedad, pues no se la alegó expresamente, ni se aportaron razones suficientes que permitan descalificar el pronunciamiento del *a quo*, más allá de su acierto o de su error, como acto jurisdiccional válido (Fallos: 245:569; causa: S.561:XX. “Stornelli, Héctor Felipe c/Estado Nacional (Mº de Educación - Consejo Nacional de Educación Técnica) s/cobro de pesos - Reincorp. y daño moral”, fallada el 17 de junio de 1986).

9º) Que, finalmente, no resulta admisible el agravio relativo a la violación de la igualdad ante la ley que garantiza el art. 16 de la Constitución Nacional, pues el desmedro de ese derecho fundamental se configuraría si emanase la desigualdad del texto mismo de la ley, y no, como lo plantea el recurrente, de la diversa interpretación que pudieran acordarle los jueces (Fallos: 294:87; 297:480, 537; 302:315; 304:710). Esta última cuestión, como quedó dicho *supra*, resulta ajena al art. 14 de la ley 48, y sólo sería susceptible de consideración por medio de la doctrina de la arbitrariedad, que no fue invocada.

Por ello, y lo dictaminado por el señor Procurador General, se confirma la sentencia apelada.

JOSÉ SEVERO CABALLERO — AUGUSTO CÉSAR
BELLUSCIO — CARLOS S. FAYT.

GRACIELA JOSEFINA BALLESTER BEDOUQC DE ROCHA v.
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

RECURSO DE REPOSICION.

Las resoluciones de la Corte Suprema no son susceptibles del recurso de reposición.