

## El derecho penal entre la igualdad y los prejuicios del sistema imperante

### La resonancia del caso del topless en la playa pública de Necochea

Por Silvina Andrea Alonso y Gabriel Carlos Fava<sup>1</sup>

**I. El caso:** El 28 de enero de este año, la policía fue avisada por una persona muy ofuscada del sexo masculino que en el sector de la playa pública de Necochea se encontraban unas mujeres haciendo topless. Ante ello, los efectivos de las fuerzas de seguridad se trasladaron al lugar de los hechos pudiendo observar que había cuatro de ellas sin la parte superior de su traje de baño, es decir sin corpiño. El público presente comenzó a gritar diversas manifestaciones (algunos a favor y otros en contra), generándose así opiniones contrarias.

Luego de entablar diálogo con el personal de las fuerzas de seguridad las mujeres acataron la orden policial, se colocaron sus corpiños y la policía se retiró. Sin embargo, unos minutos después fueron nuevamente alertados del mismo acontecimiento. Personal policial regresó una vez más al lugar y le recomendaron a las mujeres que se alejaran de la zona para evitar conflictos. Ante estos dichos, una de las protagonistas interpretó que se las estaba echando de la playa, generándose una nueva controversia entre las partes que devino en la radicación de una causa contravencional<sup>2</sup>.

**II. La imputación:** Por tratarse de un hecho de trascendencia la policía llevó a cabo el procedimiento y las actuaciones fueron remitidas al Juzgado Correccional con competencia originaria. La posible infracción en la que podía encuadrar la conducta era la prevista en el artículo 70 del decreto/ley 8031/73 (Código contravencional). En esa norma se establece: *“Será sancionado con multa de entre el quince (15) y el cuarenta (40) por ciento del haber mensual del Agente de Seguridad (Agrupamiento Comando) de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, el que con acto, palabra, dibujo o inscripción torpe u obscena ofendiera la decencia pública. La pena se duplicará si el hecho fuera cometido en lugar donde se realizaren actos o espectáculos públicos o lo fuere contra personas del culto, ancianos, enfermos mentales, mujeres o niños”*.

**III. La resolución:** El juez interviniente<sup>3</sup> resolvió archivar las actuaciones por entender que los hechos resultaban contravencionalmente irrelevantes (atípicos, artículo 70 del DL 8031/73, en función de los artículos 18 y 19 de la CN). Además, solicitó a la Legislatura de la provincia que se analice una posible reforma al Código de Faltas y, puntualmente, a la norma del artículo 70 por su notoria contradicción constitucional. Finalmente, recomendó a la jefatura departamental que, para el caso de que ocurran sucesos similares procuren una intervención que priorice la mediación, a los fines de garantizar la libertad de expresión y el ejercicio de derechos, en un marco de paz y convivencia.

**IV. Los fundamentos de la decisión:** Para decidir de este modo, el juez Juliano sostuvo que la regulación en juego era notoriamente inconstitucional, en razón de la imprecisión y vaguedad de los términos **“obscenidad y decencia pública”** que fueron usados en la redacción del tipo contravencional. Dichas

<sup>1</sup> Docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Correos de contacto: Gabriel Fava, gabriel3009@hotmail.com / Silvina Alonso, syl\_alonso@yahoo.com.ar.

<sup>2</sup> Causa n° 10.585, “N.N. s/ denuncia”, del Juzgado Correccional n° 1 de Necochea, con resolución de fecha 31 de Enero de 2017, disponible en:

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/02/fallos44820.pdf>

<sup>3</sup> El magistrado interviniente fue el Juez Mario Alberto Juliano, quien firmó la resolución que comentamos en su carácter de Juez Correccional de feria.

---

palabras empleadas en la norma imposibilitan a las personas conocer con certeza los límites de lo punible y de lo impune, contrariando lo establecido por los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional.

En particular el Juez indicó que: *“En el caso concreto no existe la posibilidad material de convenir si el topless puede ser considerado obsceno y contrario a una supuesta decencia pública, para el caso que ésta existiera”*.

Además, sostuvo que la lesividad de la conducta de “descubrirse el pecho” era dudosa, y que: *por imperio de lo establecido en el artículo 19 constitucional los actos que no perjudiquen a terceros se encuentran exentos de la autoridad de los magistrados*.

Por esos motivos, afirmó la necesidad de evitar la aplicación del artículo 70 del DL 8031/73, y que se coloque en la agenda de discusión la reforma al código contravencional bonaerense, ya que el texto (a más de 40 años de su redacción originaria) *“no ha(bía) logrado ser modificado y adecuado a las exigencias de la vida en democracia”*.

Finalmente, y como ya mencionamos, refirió que debía garantizarse la libertad de expresión y el debate de las ideas dentro del marco de la convivencia y el Estado de Derecho, por lo que las fuerzas de seguridad se debían limitar a garantizar el ejercicio de estos derechos y, llegado el caso, mediar entre los ciudadanos con opiniones diferentes.

**V. Nuestra opinión:** Es imposible desconocer que todo se originó porque unas mujeres mostraron sus pechos, sus senos, sus mamas... unas tetas. Esta palabra no tiene ningún significado distinto a la de cualquier otro órgano del cuerpo a no ser que el asignado a través del lenguaje androcéntrico imperante en nuestra sociedad<sup>4</sup>.

El cuerpo de la mujer a lo largo de la historia de la humanidad ha sido tildado de indecoroso, impúdico, deshonesto; e inclusive de pecaminoso, tal como relata la historia de Adán y Eva, que llevó al autor Eduardo Galeano a brindarnos una atinada reflexión, al escribir que: *“Si Eva hubiera escrito el Génesis, ¿cómo sería la primera noche de amor del género humano? Eva hubiera empezado por aclarar que ella no nació de ninguna costilla, ni conoció a ninguna serpiente, ni ofreció manzanas a nadie, y que Dios nunca le dijo que parirás con dolor y tu marido te dominará. Que todas esas historias son puras mentiras que Adán contó a la prensa.”*<sup>5</sup>.

Sabemos que la historia de la mujer a través de los tiempos estuvo marcada por la cosificación, subordinación, explotación y el sometimiento a prácticas abusivas por parte de los hombres, quienes han detentado y detentan al día de hoy las mayorías y poderíos en la sociedad, mediante la absorción de los menos poderosos en un nosotros que resulta falso<sup>6</sup> y que no hace más que reproducir las estructuras patriarcales.

Ahora bien, si reparamos un poco en estos antecedentes y repensamos la cuestión la conducta de estas mujeres más que un acto de exhibición obscena contra la decencia pública debe leerse, –despojada de toda

---

<sup>4</sup> “Ese efecto violento resulta del mandato moral y moralizador de reducir y aprisionar la mujer en su posición subordinada, por todos los medios posibles, recurriendo a la violencia sexual, psicológica y física, o manteniendo la violencia estructural del orden social y económico en lo que hoy los especialistas ya están describiendo como la “feminización de la pobreza” <http://ujed.mx/ovsyg/Documentos/Biblio%20-%20Estructuras.pdf> LAS ESTRUCTURAS ELEMENTALES DE LA VIOLENCIA: CONTRATO Y STATUS EN LA ETIOLOGÍA DE LA VIOLENCIA Brasília 2003 Rita Laura Segato.

<sup>5</sup> Cfr. GALEANO, Eduardo: Patas arriba: La escuela del mundo al revés, punto de vista/6, siglo XXI editores, disponible también en <https://www.youtube.com/watch?v=CLYICMwnjzs>

<sup>6</sup> Cfr. Mansbridge, citado en FRASER, Nancy, Repensando la esfera pública, Una contribución a la crítica de la democracia existente. Disponible en: [http://estudios.sernam.cl/img/uploads/fraser\\_esfera\\_publica.pdf](http://estudios.sernam.cl/img/uploads/fraser_esfera_publica.pdf)

visión androcéntrica–, como una pelea más por la igualdad entre los géneros en los espacios públicos. Estas mujeres con sus actos, al igual que tantas otras con los suyos intentan desandar años de historia y conformar una verdadera igualdad de género en lugares (los espacios públicos son lamentablemente solo uno de ellos) de los que tradicionalmente el género femenino fue excluido y relegado.

A los efectos de lo que pretendemos demostrar es importante que destaquemos que la resonancia de los acontecimientos, no giran en torno a mostrar los senos en la playa, sino al discurso que subyace a este hecho: La subordinación de la mujer al poderío del hombre, la desigualdad, la exclusión, la vulnerabilización socio-cultural del género femenino; todas ellas variables que sumadas han **producido la ausencia de libertad y disponibilidad del género femenino sobre su propio cuerpo**. En este sentido, Alda Facio y Lorena Fries explican que: *“El concepto de género no se refiere a un “sector” o “grupo vulnerable” de la sociedad. Generalmente, cuando se utiliza esta palabra para denominar a este tipo de grupo es porque se está usando como sinónimo de mujeres que, a su vez, se identifican como constitutivas de un grupo vulnerable. Es importante entender que las mujeres no somos un grupo o minoría social, sino que conformamos la mitad de la humanidad, así como los hombres son la otra mitad. Tampoco constituimos un grupo vulnerable. A lo sumo podríamos ser un grupo vulnerabilizado por el patriarcado y las estructuras de género. Por su parte, el género, jamás puede utilizarse para referirse a ningún grupo de personas, vulnerables o no, porque como se ha repetido, el género hace alusión a la construcción social de lo femenino y lo masculino de manera dicotómica y jerarquizada”*<sup>7</sup>.

En este sentido, la figura que se les reprocha a estas mujeres habla de “obscenidad”, término que el diccionario de la Real Academia Española define como *“Impúdico, torpe, ofensivo al pudor”*<sup>8</sup>. La vaguedad jurídica que presenta la definición nos llevó a consultar el alcance del término “pudor”, el cual también según la RAE debe entenderse como *“Honestidad, modestia, recato”*<sup>9</sup>. Entonces, tal como se desprende de cada uno de estos vocablos se intenta proteger la honestidad, entendida como lo decente, como aquello que es honrado<sup>10</sup>.

Todas estas terminologías comparten la misma subjetividad al depender su contenido del momento histórico determinado en el que se aplique. Así ocurrió con los delitos referidos a las agresiones sexuales, los que primeramente fueron regulados como delitos contra la **honestidad, –nuevamente el mismo concepto–**, para recién a partir de la década de los 90’empezar a proteger como bien jurídico la integridad o libertad sexual.

Ahora bien, se reprocha a estas mujeres exhibir sus **tetas**. Con el fin de realizar un juicio de tipicidad respetuoso del principio de legalidad, consultamos nuevamente la RAE, y observamos que, ni siquiera, en momento alguno se relaciona la idea de obsceno con el término “teta”. Señala el diccionario que debe entenderse por “teta” a la mama; –órgano glanduloso–<sup>11</sup>. Por mama se define *al órgano glanduloso y saliente que los mamíferos tienen en número par y sirve en las hembras para la secreción de la leche*<sup>12</sup>. Puede advertirse entonces que se su definición se emparenta más con una función biológica –como el amamantamiento– y no erógena.

Lo curioso de esto es que a nadie se le ocurriría tildar de obsceno el torso desnudo de un hombre, cuando los conceptos son iguales. Entonces la pregunta es ¿Por qué debe considerarse “obsceno” los pechos de

<sup>7</sup> FACIO Alda y FRIES Lorena, Feminismo, género y patriarcado, en Academia, Revista sobre enseñanza del derecho de Buenos Aires, año 3, número 6, primavera 2005, ISSN 1667-4154, p 277, disponible en:

[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf)

<sup>8</sup> <http://dle.rae.es/?id=QoQ5r6Z>

<sup>9</sup> <http://dle.rae.es/?id=UZQdTM8|UZQokxM>

<sup>10</sup> <http://dle.rae.es/?id=Kd3KFyg>

<sup>11</sup> <http://dle.rae.es/?id=ZftTurp>

<sup>12</sup> <http://dle.rae.es/?id=O5Y1IVP>

una mujer? La respuesta es simple y está al comienzo de este trabajo, por la visión histórica que en una sociedad de dominación masculina se le dio al cuerpo de la mujer<sup>13</sup>.

El patriarcado como explica Elena Laurrauri, es un elemento ideológico que se refleja en los valores, creencias y normas referidas a la legitimidad de la dominación masculina en todas las esferas sociales<sup>14</sup>, razón por la cual mantiene y agudiza otras (todas) formas de dominación...<sup>15</sup>

De esta forma, la honestidad, la obscenidad, la decencia, el pudor, de manera alguna podrían ser objeto de intervención punitiva estatal, por encuadrar dentro del principio de reserva del artículo 19 de nuestra Constitución. Tales términos poco tienen de normativo y mucho de moral, circunstancia que, tal como indica el juez Juliano, hacen que normativa de este tenor no pase el tamiz constitucional<sup>16</sup>.

Casos como estos permiten visibilizar que las estructuras patriarcales continúan vigentes, y que la única manera de lograr un verdadero cambio, es a través de la subversión ideológica que favorezca el empoderamiento del género femenino. Deviene necesario una educación temprana que brinde herramientas suficientes para subvertirse contra la ideología heredada culturalmente, ya sea a través del lenguaje o de los actos, porque estos últimos también comunican y (des)construyen nuevos paradigmas<sup>17</sup>.

Mientras ese cambio se suscite y se sigan evidenciando conflictos relevantes vinculados a cuestiones de género, tal como afirma el fallo, siempre es mejor tender a la aplicación de métodos alternativos para la solución de esos conflictos **que permitan asegurar el ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos,**

<sup>13</sup> Bourdie explica que: El mundo social construye el cuerpo como realidad sexuada y como depositario de principios de visión y de división sexuales. El programa social de percepción incorporado se aplica a todas las cosas del mundo, y en primer lugar al cuerpo en sí, en su realidad biológica: es el que construye la diferencia entre los sexos biológicos de acuerdo con los principios de una visión mítica del mundo arraigada en la relación arbitraria de dominación de los hombres sobre las mujeres, inscrita a su vez, junto con la división del trabajo, en la realidad del orden social. Cfr. BOURDIE, Pierre: La dominación masculina, anagrama/página 12, Buenos Aires, 2010, p. 12/13

<sup>14</sup> Cfr. LARRAURI, Elena: Criminología crítica y violencia de género, Editorial Trotta, 2007.

<sup>15</sup> Cfr. FACIO, Alda, y FRIES, Lorena, *op.cit.*

<sup>16</sup> En la parte séptima titulada *Publicidad y escándalo* de su ensayo el delito de besar de 1905 José Ingenieros expresaba: "(...) el *"beso de amor"*, si se da públicamente, constituye un atentado a las buenas costumbres de los espectadores, aunque sea recíproco y ardentemente deseado por sus ejecutores. Una de las Cortes de Casación de Italia ha dictado recientemente sentencia, estableciendo el carácter delictuoso de los besos dados en público, aun entre cónyuges. "Demasiado se sabe que ciertos actos, aunque lícitos y tolerados en privado, como por ejemplo el cambio de afectuosidades entre cónyuges y amantes, si se realizan en presencia de otras personas, y más aún en sitios públicos pueden convertirse en actos que lesionan el derecho de cada ciudadano a no ser turbado en su sentido moral. Párrafo más abajo también agregaba: Hemos leído que un edicto policial de Nueva York ha establecido lo siguiente: "Todo beso cuya duración excede de un minuto es inmoral, y, en consecuencia, los agentes tienen el deber y el derecho de interrumpirlo" Forzoso es confesar que no podría exigirse mayor benevolencia en la medida del tiempo. Cfr. INGENIEROS, José: *El delito de besar, la intimidad sentimental*, Buena Vista editores, Buenos Aires, 2008, p. 19/20, el resaltado nos corresponde.

<sup>17</sup> Alfredo Carballeda al interpelarse por el cuerpo y las inscripciones de lo social expresa: *Como hemos visto asistimos a nuevas formas de representación del cuerpo, como resultado de largos años de padecimientos y dominaciones. La visión fantasmática de un "cuerpo social" que representa la expresión de las voluntades da cuenta de que el cuerpo, en tanto sociedad, no se crea por consenso sino que es el resultado de una disputa, donde las marcas quedan inscriptas y determinadas (...) Los cuerpos de la Argentina de hoy hablan de padecimientos, de marcas de inequidad, de cicatrices que son el producto de pujas y disputas en campos de batalla, donde ahora los vencedores parecen querer ocultar el cuerpo de los vencidos para deslindar responsabilidades y posibles sanciones sociales. ¡Que no se vean!, parece ser la orden impartida desde el poder. También generan pánico en el mercado los cuerpos agrupados, ordenados desde otra lógica, desde la expresión de repudio, intentando construir nuevos hechos-acontecimientos. Probablemente porque la visibilidad implica interpelación, aquello que se ve interroga al resto de la sociedad, genera preguntas que, articuladas, confieren historicidad a los hechos, transformándolos así en acontecimientos. En este momento, visibilidad podría ser sinónimo de resistencia; el hacerse ver, el mostrarse es, en muchas formas, un paso previo a la acción, y, donde hay poder, de una u otra manera siempre se expresa la resistencia. La acción, en nuestra sociedad, implica una forma de recomienzo, la acción recuerda estas cuestiones y la resistencia, en principio, convierte a la sociedad en digna.* Cfr. CARBALLEDA, Alfredo: *Los cuerpos fragmentados*, editorial Paidós, Buenos Aires, 2008, ps. 48/51, el resaltado nos corresponde.

---

más que restringir los derechos de un grupo mediante otra forma de dominación. En este caso la pretendida aplicación de la herramienta punitiva. Para ello siempre es necesario no olvidar que **la esencia de una forma de vida democrática** es, justamente, ampliar lo máximo posible los espacios de libertad y el ejercicio de los derechos y no ver que herramienta de dominación de turno (social, cultural, jurídica, etc.) se adapta más a las vicisitudes del caso para negarlo, esconderlo o neutralizarlo.

Antes de concluir, no queremos dejar de mencionar que, una conducta tan aislada e intrascendente en comparación con el resto de los conflictos en sociedad generó amplias repercusiones sociales. Más allá de las trascendencias del hecho en el momento, se convocó días después –a nivel nacional– a una marcha (tetazo) en el obelisco y en otros puntos del país apoyando la libre disponibilidad del cuerpo por parte del género femenino<sup>18</sup>. Esas protestas y los reclamos constituyeron entonces una forma de manifestación democrática; una verdadera expresión de voluntad de una educación que no fue temprana. Tales manifestaciones populares también nos proporcionan herramientas para garantizar la igualdad que deberíamos considerar si no queremos repetir la historia dominante.

---

<sup>18</sup> Hubo manifestaciones en el obelisco del centro porteño y también en las ciudades de Córdoba, Rosario y Mar del Plata. Cfr. noticia en <http://www.lanacion.com.ar/1982581-vivo-arranco-el-tetazo-en-el-obelisco-y-otros-puntos-del-pais>, entre muchos otros lugares.