



Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal,
Ciudad Autónoma de Buenos Aries, Sala 02 (2021), Gómez, Mariana Solange s/
Recurso de Casación. Sentencia del 07/04/2021

**La perspectiva de género frente al accionar selectivo de las autoridades policiales
y jurisdiccionales.**

NOMBRE: DIEGO IGNACIO PLANCIC

DNI: 24496543

LEGAJO: VABG77353

CARRERA: ABOGACÍA

MATERIA: SEMINARIO FINAL DE ABOGACÍA

TRABAJO FINAL DE GRADO

FECHA DE ENTREGA: 4 DE JULIO DE 2021

PROFESOR TUTOR: MARÍA LORENA CARAMAZZA

Sumario:

I. Introducción – II. Descripción de la Premisa Fáctica – III. Descripción de la Historia Procesal – IV. Descripción de la Parte Resolutiva del Fallo – V. Identificación de la Ratio Decidendi – VI. Descripción y Análisis Conceptual Doctrina, Jurisprudencia – VII. Postura del Autor – VIII. Conclusión – IX. Revisión Bibliográfica.

I. Introducción:

“El artículo 75, inc. 22, de nuestra Constitución Nacional (CN) incorpora a la Carta Magna las principales declaraciones y tratados internacionales sobre derechos humanos, situándolos a su mismo nivel” (Cafferatta Nores, 2011). En este sentido, la perspectiva de género atraviesa la articulación jurídica de nuestro país y convoca a todos los operadores del derecho a actuar conforme a este mandato de jerarquía constitucional.

En tensión con este precepto, descubrimos en nuestro plexo jurisprudencial que la desigualdad de género posee la habilidad de colarse muy implícitamente en el ámbito judicial, teñir su desempeño, ampararse en la corrección y el conservadurismo y terminar por frustrar la tan deseada equidad en la administración de justicia.

El fallo Gómez, Mariana Solange s/ Recurso de Casación, Sentencia de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala 02 del 07/04/2021 reviste una enorme relevancia jurídica para nuestra ciudadanía toda vez que nos encontramos frente a una persona penalmente condenada por el delito de resistencia a la autoridad en concurso real con lesiones causadas al personal policial sobre la base de una plataforma fáctica plena de falacias y opacidades.

Del análisis del caso se observa un problema de tipo axiológico y un problema de prueba. En el plano axiológico, el derecho constitucional a la defensa en juicio (art. 18 CN) y el principio de *in dubio pro reo* (art. 3 CPPN) colisionan con la actuación del órgano jurisdiccional de grado que arriba en forma arbitraria a la resolución condenatoria. El problema de prueba, más lineal, muestra el modo en que la jueza de grado valora parcialmente los elementos probatorios, excluye prueba

relevante y reconstruye la plataforma fáctica en función de un resultado deseado, sin aplicar la regla de la sana crítica.

Al recorrer los fundamentos de la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional No. 26 a cargo de la Jueza Marta Aurora Yungano -a la postre casada por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal- evidenciamos un entramado de favores testimoniales entre aquellos que presenciaron y/o estuvieron involucrados en el hecho, el accionar inquisidor del tribunal juzgador *a quo* que se arroga el impulso de una acción de instancia privada y el endeble funcionamiento de los resortes básicos que deben garantizarle a cualquier ciudadano una inviolable defensa en juicio (CN, art. 18).

Ambos problemas jurídicos aparecen abordados por el tribunal de alzada, y por tal razón el fallo es paradigmático. Guiados por la perspectiva de género y con la presencia de diversos *amicus curiae* tales como el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo y la Asociación Civil Federación Argentina LGBT, entre otros, los magistrados de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal resuelven absolver a la imputada de ambos delitos.

Para finalizar estas líneas introductorias, si bien el daño es irreparable para la recurrente, la lectura del fallo del Tribunal de Casación impresiona por lo obvio, se celebra por lo justo y pone fin -mediante la absolución de la imputada- a un conjuro judicial reñido con los principios básicos de respeto por la perspectiva de género y los derechos humanos.

II. Descripción de la Premisa Fáctica:

En primera instancia y con fecha 5 de julio de 2019, la jueza Marta Aurora Yungano a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional No 26 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tuvo por probado que el día 2 de octubre de 2017, alrededor de las 15 hs., en el hall próximo a las boleterías de la estación Constitución de la Línea C de Subtes, Mariana Solange Gómez se resistió a una orden impartida por el Oficial Jonatan Rojo y lo golpeó en la cara y su bajo vientre al tiempo que le causó lesiones a quien acudiera en su apoyo, la Oficial Karen Villarreal.

Los hechos se habrían producido en ocasión de que Mariana Gómez se encontrara en compañía de su esposa Rocío Girat cuando se acercó José María Pérez,

empleado de la empresa Metrovías S.A., y le solicitó que dejara de fumar por tratarse de un lugar cerrado. Ante la reticencia, Pérez se aproximó al Oficial Rojo, quien se encontraba en el lugar prestando servicios para solicitarle su asistencia.

Siguiendo siempre la premisa fáctica abrazada en primera instancia, el Oficial Rojo habría abordado a Mariana Gómez para reiterar el pedido de que dejara de fumar, pedido al cual la imputada reaccionó con resistencia para luego propinarle golpes de puño y una patada en el bajo vientre al preventor. Requerida la asistencia de la Oficial Villarreal en apoyo, ésta sufre lesiones en su cuero cabelludo causadas por la recurrente.

La revisión de la plataforma fáctica en la instancia de alzada comienza con la sorpresa que causa el hecho que la Oficial Villarreal -lesionada en las circunstancias que dan origen a la configuración del delito- nunca impulsa la acción contra la imputada por las alegadas lesiones. Sin impulso de la acción, el delito de lesiones leves dependiente de instancia privada no prospera en nuestro ordenamiento. Sin embargo, la jueza sostiene la acción esgrimiendo que existen razones que interesan al interés público -sin justificar cabalmente cuáles son- para amparar su línea jurisdiccional en el inc. b del art. 72 de nuestro Código Penal.

La línea de la defensa da cuenta de que, según el propio testimonio de la imputada, lejos de ser veraz la plataforma fáctica abrazada por el tribunal, la recurrente habría sido abordada por el preventor policial Rojo, habría sido elegida en forma arbitraria entre otras personas que también se encontraban en la estación Constitución fumando y producto de su estereotipo lésbico resultó violentada por un trato despectivo de masculino para ser luego retenida en forma injustificada y con violencia física desmedida.

El testimonio de otro testigo, la Sra. Elena Piromalli (representante de la Fundación Huésped y presente durante varias horas en la ubicación del hecho) da cuenta de esta última versión. Mariana Gómez habría resultado abordada por el Oficial Rojo quien se dirigió a ella y le manifestó: “pibe, apagá el cigarrillo” para luego detenerla en forma injustificada y con violencia física desmedida.

Esta misma versión es confirmada por otro testigo, Gianfranco Bertacchini, quien al emerger de las escaleras mecánicas de la estación filmó con su celular cómo a la imputada la sujetaban como si se tratara de un hombre.

III. Descripción de la historia procesal:

A raíz de los hechos acaecidos el día 2 de octubre de 2017 en proximidades de las boleterías de la estación Constitución de la Línea C de Subtes, Mariana Gómez es condenada a la pena de un año de prisión en suspenso y costas como autora penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad en concurso real con lesiones leves agravadas por tratarse la damnificada de personal policial.

La resolución condenatoria es tomada el día 5 de julio de 2019 por la jueza Marta Aurora Yungano a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional No. 26 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Contra la resolución de dicho tribunal de grado, la asistencia técnica de Mariana Solange Gómez -representada por el letrado Lisandro Teszkiewicz- interpuso recurso de casación, el cual fue oportunamente concedido.

A fin de atender el recurso de casación interpuesto, el día 7 de abril de 2021 se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los señores jueces Horacio Leonardo Días, Eugenio Sarabayrouse y Daniel Morin.

Dicha Sala, luego de ponderar las actuaciones con un enfoque de perspectiva de género y con la presencia de diversos *amicus curiae* tales como el Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo y la Asociación Civil Federación Argentina LGBT, entre otros, resolvió hacer lugar al recurso planteado y absolver a la imputada de ambos delitos.

IV. Descripción de la Parte Resolutiva del Fallo:

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los señores jueces Horacio Leonardo Días, Eugenio Sarabayrouse y Daniel Morin, decide hacer lugar al Recurso de Casación interpuesto por la defensa de Mariana Solange Gómez, absolver por unanimidad a la condenada del delito de resistencia a la autoridad y absolver también a la condenada, en este caso por mayoría, del delito de lesiones leves.

En su resolución, el tribunal de alzada concluye que los contornos fácticos del caso son lastimosos, con evidencias de un accionar selectivo e impulsado por la intolerancia de género, ya que solo la imputada y su esposa son forzadas a cumplir con la prohibición de fumar en la estación referida. La segunda parte de los hechos

revisados no se presenta a ojos del tribunal menos lamentable, con el trato indigno y discriminatorio deparado por el Oficial Rojo, quien tomara de masculino a la imputada en virtud de su forma de vestir y la apariencia de su pelo, ejerciendo luego una fuerza desmedida en instancias de la detención.

Respecto del impulso de la acción penal, la Cámara encuentra -en fallo dividido- inadmisibles que el juzgador impulse un delito dependiente de acción privada como es el delito de lesiones leves, no encuentra ni en la fiscalía ni en la Oficial Villarreal -quien se pretende lesionada- intención de perseguir la acción penal ni tampoco tiene por justificado el interés público esgrimido por la jueza de grado para zanjar esta limitación al amparo del inc. b del art. 72 de nuestro CPN.

V. Identificación de la Ratio Decidendi:

La tarea de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal encuentra su primera base de análisis en la ponderación equivocada que realiza de la prueba el tribunal de grado y en segundo lugar repara en el problema axiológico planteado por el accionar inquisidor del órgano jurisdiccional.

Con una profunda meticulosidad, la alzada reconstruye el silogismo jurídico para concluir en la absolución de la recurrente de los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones leves por unanimidad y mayoría respectivamente.

Para lograrlo, comienza analizando el problema axiológico que plantea el impulso de oficio por parte del tribunal de un delito de lesiones leves dependiente de acción privada. Repara en que tal vez la calificación inicial de lesiones graves resultante del proceso de instrucción pudiera haber posibilitado el errado accionar de la jueza *a quo*. No obstante, una vez modificado el tipo penal a lesiones leves no ve como dable encuadrar la persecución penal de oficio salvo que medien razones de orden público justificadas.

Esta es la posición mayoritaria del tribunal, sobre la que disiente el Dr. Días cuando manifiesta que el inciso b del art. 72 de nuestro Código Penal resulta plenamente aplicable por cuanto el interés público se configura desde el momento en que la damnificada es una agente de las fuerzas de seguridad lesionada en el ejercicio de sus funciones.

En este punto, el resto del tribunal, en el voto del Dr. Sarrabayrouse y el Dr. Morin, encuentra que una vez subsumida la conducta de la imputada en el tipo de lesiones leves, no existe justificación para que la jueza *a quo* adopte simultáneamente la posición de fiscal y damnificada para mantener viva la acción.

Yendo al problema de valoración de la prueba y reconstrucción de la plataforma fáctica, el tribunal es unánime y clarificador. Coincide en que resulta arbitrario el abordaje del policía Rojo y el requerimiento que le realiza a la imputada Mariana Gómez por haber infringido la prohibición de fumar, razón por la cual el delito de resistencia a la autoridad deviene en legítima defensa.

Al mismo tiempo, a partir de la reticencia de la damnificada a impulsar la acción por lesiones y a concurrir a la pericia que las determine, concluye que el accionar de la imputada se predica del abordaje selectivo y discriminatorio al que fue sometida.

VI. Descripción y Análisis Conceptual Doctrina, Jurisprudencia:

La doctrina es conteste en cobijar a la perspectiva de género bajo el amparo de los Derechos Humanos, los cuales, en nuestro ordenamiento, se encuentran amparados por tratados internacionales de rango constitucional. Por esta razón, y tomando en cuenta el control de constitucionalidad difuso que rige en nuestro país en virtud del cual “todos los jueces, sin distinción de categorías o jurisdicciones, nacionales o provinciales, deben evaluar la constitucionalidad de una norma o acto” (Sagués, Néstor P., 2007) resulta inadmisibles desligar los preceptos de género de las resoluciones jurisdiccionales de todos y cada uno de nuestros tribunales.

En esta línea, organismos internacionales de protección de los derechos humanos, tales como la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, han elaborado recomendaciones para el abordaje de esta temática en busca de garantizar un trato equitativo y no discriminatorio en materia de género.

Así, en su recomendación referida a la violencia contra personas lesbianas en América, la CIDH ha encontrado que tales actos de violencia son manifestaciones de una combinación de sexismo estructural e histórico y prejuicios contra orientaciones sexuales e identidades de género (CIDH, 2015), lo que no es otra cosa que lo exhibido en las actuaciones del presente fallo.

En nuestro país, el Ministerio Público Fiscal, a través de la UFEM (Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres) ha generado recomendaciones sobre perspectiva y violencia de género de enorme valor para los operadores judiciales. Allí se describe el concepto de interseccionalidad como entrecruzamientos entre diferentes categorías sociales tales como el género, la orientación sexual, la etnia, la raza, la condición socioeconómica, la edad y la discapacidad, lo que permite identificar la interacción de múltiples desigualdades y discriminaciones arraigadas en nuestra sociedad (UFEM, Dossier-3).

Podemos entonces decir que, en materia jurisprudencial, encontramos mucho camino por recorrer, pero fuertes iniciativas en la dirección correcta. La perspectiva de género comienza a formar parte integral del plexo de resoluciones jurisdiccionales, al tiempo que ordenamientos como la Ley Micaela (Ley 27499 de 2019) o las diversas acciones afirmativas “como medidas de diferenciación positiva” (Bonnie Tatiana Pineda Puentes, 2020) continúan dotando de más y mejores herramientas a los funcionarios de nuestro Poder Judicial.

VII. Postura del Autor:

Nuestra postura es conteste con la decisión mayoritaria del tribunal de casación en tanto entendemos que perseguir de oficio un delito dependiente de instancia privada colisiona con numerosos principios constitucionales relacionados con la defensa en juicio (art. 18 CN). Igualmente, la falaz valoración de los hechos en la determinación del tipo penal resquebraja el principio de *in dubio pro reo* (art. 3 CPPN). El ejercicio de la acción penal por parte del juzgador en ocasión de arrogarse potestades propias de la fiscalía desplaza el principio contradictorio, torna el sistema en un régimen inquisidor y deja de garantizar el cumplimiento de la ley.

Disentimos, no obstante, con el voto minoritario del Dr. Días en cuanto a que la lesionada, por ser oficial de policía, aporta el extremo de orden público que permite hacer prosperar a la acción penal sin impulso. Aun cuando esa interpretación nos parece de enorme valor técnico, encontramos que le hubiera competido explorarla a la fiscalía, lo que no sucedió.

En cuanto al problema de prueba, nuestra postura es de total acuerdo con el unánime voto del tribunal revisor. Para sustentar esta postura comenzamos por recordar lo establecido en el Código Procesal Penal de la Nación: “las pruebas serán

valoradas por los jueces según la sana crítica racional, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia” (art.10 CPPF).

Valorar prueba siguiendo el principio de la sana crítica “atiende a los peligros de interferencia de sesgos como prejuicios, utilización de estereotipos o deficiencias de información” (Piña, 2019). La construcción histórica de los hechos que dan sustento a la plataforma fáctica basal en la resolución impugnada no encuentra entonces otra descripción que no sea la de antojadiza. A la inversa de lo esperado de cualquier tribunal juzgador, y más aún en el fuero penal, las piezas probatorias parecen forzadas a encajar en función de una imagen final deseada y favorable a la actuación de la fuerza policial.

VIII. Conclusión:

El fallo bajo análisis ofrece el gran desafío de recorrer un accionar policial y jurisdiccional que se bosqueja selectivo y discriminatorio. Descubierta la plataforma fáctica con veracidad, se intuye que la jueza de grado parece haber quedado atrapada en un preocupante sesgo de género. El enorme mérito del tribunal revisor fue el de lograr deshilar el entramado de opacidades probatorias y yerros axiológicos del tribunal de grado. Una vez logrado esto, tanto los tratados internacionales, la normativa local y los principios fundamentales del derecho penal resultaron aplicables en toda su magnitud.

Todo esfuerzo tendiente a visibilizar la perspectiva de género debe ser incesante, sea en forma de normativas, recomendaciones de organismos, publicaciones ministeriales o acciones educativas. Si un empleado común como es el caso del auxiliar de Metrovías, un funcionario policial como es el caso de los oficiales Rojo y Villarreal y un magistrado como es el caso de la jueza de grado son vulnerables a la misma mirada discriminatoria en forma concertada como sucedió en este caso, no caben dudas del extenso derrotero a recorrer en el futuro.

A modo de cierre, celebramos por paradigmática la decisión del tribunal de casación, por cuanto una perspectiva de género ausente catapultó a una persona inocente a un entramado de circunstancias totalmente reñidas con los derechos humanos y el equitativo acceso a la justicia.

IX. Revisión bibliográfica:

Alejandro Piña, 2019, Crítica a la sana crítica. El artículo 10 del nuevo C.P.P.F., *VOCES: Derecho procesal Penal*. Valoración de la prueba. Sana crítica racional. Art. 10 nuevo Código Procesal Penal Federal. Decisiones jurisdiccionales. Recuperado de: <https://www.amfjn.org.ar/wp-content/uploads/2019/07/Cri%CC%81tica-a-la-Sana-Cri%CC%81tica-Alejandro-Pin%CC%83a-4.pdf>

Bonnie Tatiana Pineda Puentes, 2020, LAS ACCIONES AFIRMATIVAS COMO MECANISMO DE BÚSQUEDA DE LA EQUIDAD DE GÉNERO. *Creative Commons*. Recuperado de: <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/25070?mode=full>

CIDH, 2015. *Violencia contra personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América*. OAS/Ser.L/V/II.rev.1. Doc. 36, 12 noviembre 2015. Recuperado de: https://www.mpf.gob.ar/ufem/files/2017/08/Ufem_Dossier-3.pdf

Código Penal de la Nación Argentina, Ley 11.179 (T.O. 1984 actualizado). Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm

Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430 de 1994. Recuperada de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

Gómez, Mariana Solange s/ recurso de casación, Sentencia del 7 de Abril de 2021 Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Sala 02. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-casacion-criminal-correccional-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-gomez-mariana-solange-recurso-casacion-fa21810000-2021-04-07/123456789-000-0181-2ots-eupmocsollaf?>

José I. Cafferatta Nores, 2011, *Proceso Penal y Derechos Humanos*, 2da Edición actualizada por Santiago Martínez, CELS, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Del Puerto. Recuperado de: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/Proceso-penal-y-derechos-humanos.pdf>

Ley 27499 (Ley Micaela), 2019. *Ley de Capacitación Obligatoria en Género Para Todas las Personas que Integran los Tres Poderes del Estado*. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/315000-319999/318666/norma.htm>

Néstor Pedro Sagués, 2007, *Manual de Derecho Constitucional*, 2da Edición, Astrea.

UFEM, 2017, Jurisprudencia y doctrina sobre estándares internacionales de interseccionalidad en casos de violencia de género. *Compendio de Jurisprudencia, Dossier 3*. Recuperado de: https://www.fiscales.gob.ar/wp-content/uploads/2020/11/Ufem_Dossier-3.pdf