

Hacia una perspectiva de diversidad sexual en el poder judicial

**Comentario al fallo “Gómez, Mariana” de la Sala 2 de la
Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y
Correccional de Capital Federal**

José Francisco Ametrano¹

I. Introducción. Fallo condenatorio.

El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional Nro. 26 de la Capital Federal, en fecha 28 de junio de 2019 (fundamentos del 5 de julio del mismo año), condenó a Mariana Gómez a la pena de un año de prisión en suspenso, por considerarla autora penalmente responsable de los delitos de resistencia a la autoridad y lesiones leves agravadas por ser la damnificada personal policial.

Para arribar a dicho temperamento, el tribunal tuvo por probado que “el 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 la orden impartida por el Oficial Jonatan Maximiliano Rojo, y lo golpeó en la cara y los testículos”.

Al respecto, señaló que “...Gómez se encontraba con 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, recibiendo como respuesta que no lo haría ya que en las instalaciones no había cartel alguno que lo prohibiese”.

¹ Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA) con Diploma de honor. Especialista y Magistrando en Derecho Penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Desempeño en la Cámara Federal de Casación Penal (jfametrano@gmail.com).

Indició que “ante la negativa, Pérez se aproximó al Oficial Rojo, quien se encontraba en el lugar prestando servicios y luego de que Pérez le explicara lo ocurrido, Rojo se acercó a las mujeres y volvió a pedirle a Gómez que apagara el cigarrillo. La imputada volvió a negarse y manifestó ‘ustedes son masculinos y no me pueden tocar’, quiso irse y le propinó en forma repentina varios golpes de puño en la cara y una patada en los testículos, ante lo cual el uniformado se cubrió y solicitó la ayuda de la Oficial Karen Roxana Villarreal quien se encontraba en el sector de andenes”.

Finalmente, el tribunal precisó que “instantes después, se acercó la Oficial Villarreal, quien intentó calmar la situación, pero Gómez se abalanzó sobre ella y le arrancó cabellos del sector derecho de la cabeza. Tras ello, los policías debieron forcejear con la imputada, quien continuaba arrojando golpes de puño y patadas, para finalmente lograr reducirla”.

II. Agravios.

Contra esta condena, la defensa de Mariana Gómez interpuso recurso de casación. Sostuvo que el tribunal de juicio valoró erróneamente la prueba producida en la causa y que el proceso iniciado contra su asistida sólo podía explicarse a raíz de una situación estructural de discriminación y menoscabos de sus derechos, en función de su elección sexual.

Asimismo, entre otros argumentos, alegó que se omitió valorar prueba dirimente, tal como la declaración de los testigos presenciales que corroboraron el trato despectivo y en género masculino con el que el oficial Rojo se dirigió a su defendida.

Remarcó que Mariana estaba conversando con su pareja y fumando en un sitio que no tenía cartelera indicativa de la prohibición de fumar, que se despidieron y se besaron y que fue en esas circunstancias en las que –de todas las personas que estaban fumando– los oficiales seleccionaron a su asistida. Señaló que el policía Rojo la increpó diciéndole “pibe deja de fumar”, lo que provocó un altercado verbal, hasta que Mariana intentó retirarse del lugar, lo que el oficial impidió “poniendo su mano en el pecho de Mariana, con lo que ello implica y diciéndole ‘pibe vas a ser detenido’, eso genera un forcejeo que termina con Mariana en el piso y arrestada y trasladada a una comisaría, requisada desnuda, sometida a un proceso y condena a un año en suspenso...”.

Diversas organizaciones y entidades que se encontraban constituidas en la causa como “amigos del tribunal” (*amicus curiae*) objetaron la ausencia de perspectiva de

género y diversidad sexual en el caso, así como la violencia institucional al haber resultado la actuación de las fuerzas de seguridad ilegítima y discriminatoria.

III. Decisión absolutoria.

El 7 de abril de 2021 la Sala 2 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de Capital Federal resolvió hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Mariana Gómez y, en consecuencia, absolver a la nombrada en orden a los delitos por los que había resultado condenada.

En relación a los hechos calificados como constitutivos del delito de lesiones leves, el temperamento absolutorio² se basó en la falta de impulso de la acción penal por parte del Ministerio Público Fiscal (por ser un delito dependiente de instancia privada, conforme lo establece el art. 72 inc. 2 del CP) y por no fundarse debidamente la existencia de una causal de excepción, en los términos del art. 72 apartado “b” del CP, que establece la procedencia de oficio “cuando mediaren razones de seguridad o interés público”.

Así, el motivo en el que se apoyó la decisión exculpatoria en este punto consistió en una cuestión procesal que no guarda interés con el objeto de análisis del presente artículo, por lo que no se ahondará al respecto.

En lo concerniente al delito de resistencia de autoridad por el que Mariana Gómez había sido condenada, el juez del tribunal de casación que lideró la votación –doctor Horacio L. Días-, en primer lugar puso de resalto que correspondía dilucidar si el caso presentaba una “cuestión de género”, ya que ello tendría una implicancia directa en la legitimidad del accionar policial, en particular, si el oficial Rojo se dirigió a Gómez llamándola “pibe”.

Tras analizar distintos elementos probatorios –fundamentalmente las declaraciones testimoniales brindadas durante la celebración del debate-, el juez que lideró el acuerdo concluyó que el tribunal de juicio había efectuado un análisis arbitrario y fragmentario del plexo probatorio, sobrevalorando prueba aportada por la acusación –que consideró poco convincente y dudosa-, en desmedro de evidencias de descargo presentadas por la defensa.

² Este punto del pronunciamiento fue adoptado por mayoría. El señor juez Horacio Días votó en disidencia, rechazando el planteo de falta de acción formulado por la defensa.

Sobre este punto, destacó diferentes testimonios que calificó como verosímiles, que dieron cuenta que Rojo se dirigió a Mariana en los siguientes términos: “pibe dejá de fumar”, “pibe no te podes ir” y “vas a quedar detenido”.

Asimismo, hizo hincapié en que a partir del modo en que sucedieron los hechos “difícilmente cualquier tercero observador imparcial podría no sospechar aquí algún rasgo de selectividad en los requerimientos de acatamiento normativo”.

A su vez, refirió que la decisión escogida por el personal policial interviniente no tenía antecedentes frente a conductas análogas.

Destacó que ninguna de estas consideraciones fue valorada con suficiente detenimiento por la jueza de grado en su sentencia, lo cual desmerecía al pronunciamiento condenatorio como acto jurisdiccional.

Seguidamente, sostuvo que el accionar de Rojo constituyó un ejercicio de la fuerza totalmente desproporcionado, innecesario y verdaderamente excesivo para los fines perseguidos.

Al respecto, explicó que del análisis de las circunstancias del caso no resultaba evidente que Rojo hubiese tenido la imposibilidad de emplear otros medios menos lesivos, ni tampoco que la mínima gravedad de la infracción constatada determinaba semejante intervención coercitiva; más aún si se tiene en cuenta que, al momento de disponerla, Mariana había cesado en su actitud y se disponía a retirarse, lo que el oficial Rojo luego le impide al anunciarle que iba a ser detenida.

En suma, sostuvo que el accionar policial involucrado no podía ser receptado como un ejercicio legítimo de la autoridad, pues se careció del presupuesto legal que habilitase, en el caso concreto, el derecho de intervención estatal coercitivo.

En este orden de ideas, concluyó que Mariana al rechazar la orden –huérfana de legitimidad- del funcionario policial, no se resistió en los términos del art. 239 del Código Penal (resistencia a la autoridad), toda vez que “a su respecto la orden policial constituía una agresión ilegítima, de manera tal que no tenía el deber de soportarla. De hecho la respuesta estatal que inicia Rojo es de aquellas propias de la policía represiva frente a un crimen flagrante, pero el caso es que este asunto, al menos hasta ese momento, resultaba de una competencia ajena al Derecho penal”.

Como colofón, el aludido juez hizo alusión a los “contornos lastimosos” que completan el caso, los que incluyen sospechas de un accionar selectivo, visto por las destinatarias como una represalia por su identidad de género, al exigirles sólo a ellas

el cumplimiento de reglas de convivencia en condiciones de desigualdad con el resto, a lo que luego se le añadieron imputaciones de un trato indigno y discriminatorio por parte del funcionario policial, a quien le atribuyen negar la condición de mujer a una persona por motivo de su elección sexual, su forma de vestir y su manera de llevar el pelo.

IV. La violencia contra las minorías sexuales en nuestro país.

La violencia ejercida contra las sexualidades e identidades no hegemónicas es un fenómeno criminal de antaño que aún persiste en las sociedades actuales y que suele ser invisibilizada ante la indiferencia de los Estados.³

Este desinterés encuentra su fundamento en el histórico orden heteronormativo que impuso a la heterosexualidad como el único modelo socialmente aceptado, y que genera, entre otras consecuencias, la opresión de las sexualidades e identidades disidentes a partir de relaciones de subordinación (legales y fácticas) y procesos de criminalización propios del siglo pasado, pero que aun hoy acompañan al colectivo LGBTQ+ a nivel global.

Asimismo, la criminalización de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y la falta de protección legal efectiva contra la discriminación, constituyen otro factor que ha favorecido la habilitación de la violencia estatal y civil contra las sexualidades disidentes. Al respecto, cabe señalar que actualmente 70 Estados siguen criminalizando los actos sexuales consentidos entre personas adultas del mismo sexo y en 12 Estados se permite castigar tales actos con la pena de muerte.⁴

En nuestro país, si bien no existieron leyes penales nacionales que criminalizaran la homosexualidad o la transexualidad, existieron "edictos" de la Policía Federal y normas contravencionales provinciales que habilitaban la persecución y el encarcelamiento.

Los códigos contravencionales de las distintas provincias contenían normas o disposiciones que prohibían con carácter punitivo diversas prácticas de las disidencias sexuales, o bien la propia existencia de la identidad travesti-trans.

A partir de la recuperación de la democracia y de la pandemia del VIH/sida, comenzó en nuestro país un período de mayor visibilización y aceptación de la

³ Álvarez, Javier Teodoro. "Homicidios cometidos por odio a la identidad de género o su expresión. Comentarios acerca de la sentencia por el travesticidio de Amancay D. Sacayán". Temas de Derecho Penal y Procesal Penal. Junio 2019.

⁴ <https://www.pgaction.org/inclusion/es/background/situation-lgbti-people.html>

diversidad sexual, lo que conllevó con los años -y con el enorme esfuerzo de distintos agentes defensores de los derechos de la comunidad LGBTQ+- a una evolución normativa nacional que permitió conformar un marco jurídico específico de igualdad y de reconocimiento de derechos (ley de matrimonio igualitario -2010-, ley de identidad de género -2012- y ley de cupo laboral travesti/trans -2021-, entre otras normas de relevancia).

Sin embargo, este reconocimiento de derechos no garantizó que se redujeran los índices de violencia contra el colectivo de las disidencias sexuales.

De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de manera reciente, ha alertado sobre los altos índices de violencia que se ejercen contra la comunidad LGBTQ+ tanto en nuestro país como en otros de la región y la ausencia de respuestas estatales eficientes frente a dicha problemática.

Sostiene que esto último se evidencia en la falta de adopción de medidas efectivas para prevenir, investigar, sancionar y reparar actos de violencia cometidos contra la población LGBTQ+. De esta manera, reconoce que la violencia contra este colectivo continúa ocurriendo de manera generalizada, en todo el continente americano.⁵

Asimismo, la CIDH concluyó que la ausencia de investigaciones efectivas y la falta de un abordaje diferenciado para prevenir, investigar, juzgar, sancionar y reparar los crímenes cometidos contra las disidencias sexuales son elementos que conducen a que se condone y se tolere esta violencia, lo que resulta en impunidad y repetición.

De acuerdo con el último informe del Observatorio Nacional de Crímenes de Odio LGBT,⁶ gestionado por la Defensoría LGBT de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Nación, junto a la Federación Argentina LGBT, del 1 de enero al 31 de diciembre de 2020, acontecieron 152 crímenes de odio basados en la orientación sexual, la identidad y/o expresión de género de las víctimas.

Es importante destacar que existe un sub registro muy grande de estos casos, por distintos motivos: las víctimas muchas veces no se atreven a denunciar por miedo a represalias, en algunos casos no lo hacen por la naturalización de las situaciones

⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Violencia contra Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex en América”, OEA Documentos Oficiales, 2015, p. 11. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>

⁶ <https://falgbt.org/ultimo-informe/>

de discriminación y violencia, e incluso suele ocultarse la orientación y/o la identidad sexual de la víctima.

Del total de las víctimas, el 84% de los casos corresponden a mujeres trans. El 12% a varones gays, el 3% a lesbianas y el 1% a varones trans.

Asimismo, de los casos relevados surge que el 44% son cometidos por personas privadas, mientras que el 56% son llevados a cabo por el Estado y, dentro de ese porcentaje, el 11% es perpetrado específicamente por personal de las fuerzas de seguridad en ejercicio de su función estatal, configurando todos ellos en su conjunto, casos de violencia institucional.

V. Consideraciones finales.

La sentencia comentada reúne aspectos que merecen ser destacados. Y es que si bien el temperamento absolutorio se basa en la ausencia de impulso fiscal (lesiones leves) y en la invalidez del accionar policial por haber resultado desproporcionado y carente de respaldo normativo (resistencia a la autoridad), el juez que lideró la votación del tribunal de casación incluyó en su análisis de los hechos investigados una perspectiva de diversidad sexual –frecuentemente omitida–, que abarcó el tratamiento de una de las problemáticas que afecta a las disidencias sexuales: la discriminación y la selectividad en razón de la orientación/identidad sexual de la persona.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el precedente "Atala Riffo y Niñas c. Chile" ha reconocido a la orientación sexual como una categoría especialmente protegida por los alcances de las obligaciones del art. 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) e indicó que ciertos actos discriminatorios se relacionan con la reproducción de estereotipos que están asociados a la discriminación estructural e histórica que han sufrido las minorías sexuales.

Una histórica característica de los crímenes de odio contra la comunidad LGBT+ solía ser la dificultad de encausar las investigaciones judiciales de manera exitosa. Ello obedecía, en primer lugar, a que las disidencias sexuales solían ser categorías invisibles.

Asimismo, otro obstáculo que solía presentarse era el prejuicio que adoptaban las autoridades judiciales, dando lugar a lo que se conoce como discriminación institucional.

Al respecto, era común que en este tipo de hechos las investigaciones asumidas por las autoridades judiciales se direccionaran en indagar acerca del estilo de vida de la víctima y su entorno, para de esa manera encontrar el "motivo" por el cual la persona resultó agredida. Se consideraba que la víctima era parcial o completamente responsable del suceso delictivo sufrido, mientras que se prescindía de la responsabilidad de las personas implicadas.

Las decisiones judiciales que incluyen una perspectiva de diversidad sexual implican un avance en el reconocimiento de los derechos y garantías de las disidencias sexuales y, a su vez, visibilizan el contexto de discriminación y selectividad que sufren diariamente las minorías sexuales, muchas veces desconocido por quienes comparten una orientación y/o identidad sexual hegemónica.

Y es que tal como lo expuso la Asociación Civil Federación Argentina LGBT – presentada en la causa como *amicus curiae*- “...muchas personas sentimos temor al besarnos en una estación, al besarnos en un taxi, al besarnos en un colectivo, al besarnos en la calle, temor por la situación de discriminación y de violencia que ese beso puede generar en otras personas... producto de una sociedad machista, patriarcal y discriminatoria (...). Esta es la forma en la que este sistema patriarcal y machista actúa sobre el cuerpo de las diversidades y de las mujeres (...). Tenemos que pensarlo dos veces, por lo menos, porque podemos sufrir la discriminación y la violencia que este sistema patriarcal y machista nos impone”.