



Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

///nos Aires, 9 de marzo de 2018.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

I.- La defensa de Mariana Solange Gómez recurrió el punto I del auto de fs. 113/123 que la procesó como autora del delito de resistencia a la autoridad, en concurso real con el de lesiones graves.

II.- Bajo el argumento de falta de fundamentación en esa decisión, la defensa proclama su nulidad en los términos del art. 123 del Código Procesal Penal. Pero se advierte, sin mayor esfuerzo, que su planteo entraña –en rigor de verdad- disconformidad con su contenido y lo torna improcedente.

III.- A través de las distintas pruebas que se han incorporado al expediente es posible reconstruir que:

a. El 2 de octubre pasado a las 15:50 la imputada se encontraba junto a su cónyuge Rocío Soledad Girat fumando en el sector “Domo de Constitución” de la empresa “Metrovías S.A.”. Ello no está controvertido por ninguna de las partes e incluso, la testigo Eliana Fátima Piromalli, que trabaja para la Fundación Huesped en ese lugar, las vio antes de que se desencadenara el episodio, de lo que se infiere que su permanencia duró un lapso considerable.

b. En las inmediaciones, se hallaba el empleado del subte José María Pérez junto al policía Jonatan Maximiliano Rojo, aparentemente conversando sobre cuestiones laborales (ver fs. 67/69).

c. Pérez se acercó y requirió a la imputada que apagara el cigarrillo o se retirara, porque allí no estaba permitido fumar. Frente a ello Gómez le respondió que lo terminaría dado que no vio carteles que indicaran la prohibición. Aquél reiteró el reclamo y, ante su negativa, convocó al preventor que volvió a pedirle desista de su accionar, pero Gómez nuevamente lo ignoró ya que había otras





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

personas fumando y no había señalización al respecto. Esta situación se repitió al menos una vez más y siempre con idéntico resultado y, en ese marco, la nombrada se habría expresado de forma irónica e insultando a sus interlocutores. Aparentemente aseguró que no la podían tocar porque eran hombres, pero esta frase, más allá de lo incorrecta que en el fondo resulta –pues la intervención de personal del mismo sexo sólo se contempla específicamente para requisas personales –art. 230 del Código Procesal Penal-, nada aporta a la cuestión.

Gómez y su mujer Rocío Soledad Girat aseguraron que las habían estado observando durante un tiempo y con supuesto desagrado por las muestras de afecto que se dispensaban y por ello fueron “seleccionadas” para que apagaran el cigarrillo o se retiraran. Ninguna constancia lo sustenta, pero de cualquiera manera será analizado en su oportunidad para dar acabada respuesta.

d. La próxima secuencia inicia cuando pretendió retirarse y el oficial Rojo se lo impidió. Éste y el empleado de la firma aseguraron que sólo “abriendo los brazos”, pero la indagada postula que la frenó empujándola con la mano en su pecho mientras le decía que sería detenida por “desacato” y “la trata[ba] de pibe”, pese a que le explicó, en varias ocasiones que era mujer (textual).

e. Según la imputación Gómez comenzó a golpearlo y Rojo pudo pedir auxilio vía Nextel a su compañera, Karen Roxana Villareal que cumplía tareas en los andenes. Concurrió de inmediato y Gómez habría querido escapar pero tropezó y la Oficial trató de reducirla, ocasión en que también habría sido lesionada cuando aquélla le arrancó un mechón de pelo.

El impugnante por su parte plantea que se originó un forcejo en cuyo contexto Gómez se defendió “como pudo”, de lo que califica una agresión arbitraria e ilegítima, que permitiría luego enmarcar su respuesta en la causa de justificación prevista en el art. 34 inc. 7 del Código Penal.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

f. El testimonio de Piromalli permitió conocer que había otros usuarios fumando en el lugar; incluso ella lo estaba haciendo. Sin embargo nunca les habían dicho nada.

g. Gianfranco Alberto Bertacchini, salía de la estación y al notar el disturbio lo filmó en parte y aporta otro dato: no escuchó que explícitamente se refirieran a Gómez como un varón, pero la forma en que la trataban, le dio esa sensación, aunque dijo que se trataba de una mera apreciación, carente de todo sustento.

h. Las constancias de fs. 2vta., 10, 11, 14 y 15 describen en Villareal un *“traumatismo en mano izquierda y zona de alopecia en la región parental derecha producto de arrancamiento sanará en más de treinta días con posibles secuelas”* y en Rojas *“traumatismo facial leve por agresión física y excoriación en rodilla derecha”*.

De acuerdo a este panorama fáctico y probatorio, examinaremos la responsabilidad de Gómez.

El punto de partida para ello es destacar que las Leyes 26.687 y 1799 de la Ciudad de Buenos Aires, ambas sobre el control del Tabaco, prohíben fumar en lugares públicos, pues de ello deriva la legitimidad del accionar del funcionario policial.

Dando por sentada esa trasgresión, comprobamos que lo que empezó siendo un nimio conflicto alcanzó una dimensión desmesurada por la actitud desafiante de Gómez y así deberá determinarse si ello interesa o no a la órbita penal.

Todo indica que el funcionario, a pedido de un dependiente de la empresa prestataria de un servicio público, en un principio se limitó a requerir a la imputada que no fume en ese lugar o se retire a hacerlo en otro autorizado. Su objetivo fue velar por el cumplimiento de una disposición –cuya violación hubiera podido incluso hacer responsable al empleado que lo convocó y a la empresa– y no parece que se hubiera extralimitado. Su finalidad al evitar que Gómez se retirara era evidentemente la de identificarla y consultar





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

con el fiscal competente sobre la confección de un acta y recibir las instrucciones pertinentes. Ello sería suficiente para avalar su actuación ya que de lo contrario la norma perdería operatividad.

Evidentemente Gómez no aceptaba tal situación y cuando Rojo pretendió demorarla *“le indiqué que no se podía retirar en ese momento”, “le pedí a la señora Gómez que no podía retirarse, ella me contesta que éramos masculinos y no podíamos tocarla y ahí me enfrenta y me da un golpe con su pecho”*- comenzó a agredirlo físicamente.

No es menor que su pareja aseguró que se ponía *“re violenta”*, ante lo cual el policía debió evaluar cómo contenerla.

Es necesario ahora regresar al plano normativo para fijar el alcance de la actuación de Rojo.-

Si bien la Ley 1799 de la Ciudad de Buenos Aires denominada “Ley del control de Tabaco” no prevé sanciones para los fumadores en lugares públicos, introduce en su artículo 27 la modificación a la Ley 451, Régimen de Faltas, que establece en el artículo 1.3.6.1 en sus incisos “A” y “B”, quiénes serán los responsables de hacer cumplir la ley (en el caso el dependiente de Metrovías) y, evidentemente, para cualquier trámite administrativo posterior debía individualizarse al supuesto infractor.

También la Ley 26.687 establece una multa a las personas que fuman en lugares prohibidos y autoriza a la Ciudad de Buenos Aires a actuar como autoridad de aplicación, **ejerciendo el control y vigilancia sobre su cumplimiento** (ver específicamente sus artículos 23, 27, 32, 33, 34 y 35).

En cuanto a la ausencia de carteles que indicaran la prohibición, destacamos que Pérez afirmó que estaban pegados a tres o cuatro metros de donde ocurrió el episodio.

Pero de cualquiera manera, la expresa indicación del personal de la empresa era suficiente para que dejara de infringir la norma nacional y local, la que no podía desconocer ya que, aun





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

ignorando todo soporte legal, la restricción en cuestión es de dominio público a raíz de las políticas de prevención en materia de salud.

Es decir que el policía actuó por el llamado de un empleado a cuyo cargo está el cuidado de ese espacio común debido al infructuoso requerimiento que había formulado a Gómez.

Y desde esta perspectiva, que continuara con esa exigencia para eventualmente identificar al infractor y dar curso a una actuación que derive posiblemente en sanción, tuvo sustento suficiente. Es la única forma de ejercer el control y cumplimiento exigido por la legislación.

En definitiva, si bien la parte sostiene que Pérez y Rojo decidieron dirigirse a ellas por haberse percatado de su elección sexual y no aceptaban que se besaran, ninguna prueba la sustenta y se limita su postura a una apreciación personal y, lo cierto es que la razón invocada por la policía para actuar – evitar que fumaran en un lugar prohibido- era legítima. Ello no permite construir la agresión ilegítima que se postula para explicar el comportamiento de Gómez.

Se sostuvo que *“(...) la legítima defensa es admisible contra toda lesión de bienes jurídicos que no esté justificada, es decir, contra acciones antijurídicas y no antijurídicas, pero también contra acciones no justificadas positivamente de personas que amenazan bienes jurídicos ajenos”* (Otto, Harro. Traducción del Alemán de José R. Béguelin, “Manual de Derecho Penal”, Atelier, Barcelona España, 2017, pág. 179).

Respecto a la agresión ilegítima: *“debe entenderse la realización de una acción dirigida a la producción de la lesión de un bien jurídico. (...) supone la conciencia y voluntad de lesionar un bien jurídico. (...) El Tribunal Supremo suele restringir en exceso el concepto de agresión, al entender que ha de tratarse de un acometimiento personal, de carácter material o físico. (...) el fundamento individual y supraindividual de la legítima defensa: la necesidad de defensa de los bienes jurídicos y la necesidad de*





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

defensa del ordenamiento jurídico (el Derecho no debe ceder ante lo injusto)” (Cerezo Mir, José, “Derecho Penal. Parte General”, B de F., Montevideo-Buenos Aires, 2008, págs. 526 y ss).

No se advierte, injerencia ilegal por parte del policía y, por ende, se descarta el planteo central de la parte en función de que *“la legítima defensa se hace imposible ante la exigencia de que el acto que se trata de impedir o trabar implique un legítimo ejercicio de la función; lo cual indica que el funcionario, para ser sujeto pasivo de resistencia, no puede haberse colocado en una hipótesis de agredir ilegítimamente”* (Creus, Carlos, “Delitos contra la administración pública”, Astrea, Buenos Aires, 1981, pág. 46).

Gómez originó la intervención policial y su respuesta fue violenta. *“Necesaria es toda defensa idónea, que sea la más benigna de varias de las defensas elegibles”* (Roxin Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito”, Civitas Madrid, 1997, reimpresión 2001, pág. 628).

Este tipo de episodios, según Pérez, suceden cotidianamente. Es común que los pasajeros prendan un cigarrillo, pero cuando algún empleado requiere que lo apaguen, nunca reaccionan de esa manera.

No es razonable que si otros ciudadanos transgreden una norma, ello habilite a Gómez a hacerlo, o a que pueda alegar arbitrariedad o trato selectivo cuando se le requiere que no continúe con una acción prohibida.

Es por eso que no debemos confundir los límites de la primera intervención policial y sus posibles consecuencias.

Rojo debió hacer cesar una infracción en la que Gómez persistía.

Esta pudo apelar cualquier multa que se le aplicara si consideraba arbitraria su imposición por errores o abusos del Estado. También denunciar si fue objeto de ella por su elección sexual y discriminada ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

Xenofobia y el Racismo u organismos que disuadan esas conductas, que a estar al recurso de apelación de la parte ya estarían en su conocimiento (ver fs. 131vta.).

Nunca hubiese sufrido más que una sanción pecuniaria que no pudo configurar, como postula, una agresión ilegítima que habilitara su respuesta en los términos del artículo 34 del Código Penal, agrediendo físicamente a funcionarios y provocando lesiones de entidad.

Entonces su descargo no es admisible y por lo expuesto la antijuridicidad en la conducta en estudio subsiste.

Como corolario, la pretensión de la defensa en justificar los golpes que propinó Gómez a los preventores, a través de una cuestión de género parece tener como único propósito desviar del foco de atención del no acatamiento de la indicación dada por Pérez y Rojo de cesar con la infracción a la norma que dispone la prohibición de fumar en lugares públicos. La intención del policía fue demorarla para su identificación y la inusitada violencia desplegada por aquella para evitarlo no encuentra amparo en norma alguna.

Por otro lado la parte introduce que la internalización de la norma en estos casos requiere especial cuidado, ya que vivencias personales anteriores de la imputada y su pareja les han generado rechazo a la autoridad, que podría proyectarse en la culpabilidad.

Para ello aludió a que los padres abusaron de ellas y que el de Rocío Soledad Girat era, además, miembro de las fuerzas armadas. También que Gómez *“relató a la prensa que cuando el policía de la ciudad le dijo date vuelta que te pongo las esposas, ella pensó: dieciséis años me obligaron a darme vuelta para ser violada. No me voy a dar vuelta una vez más”*.

Sobre este punto, no se agregaron al legajo estudios psicológicos y/o psiquiátricos que despejen esta incógnita que ahora se plantea pero, de cualquier manera, a juicio del Tribunal es una





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

discusión que eventualmente debe ser analizada en una próxima etapa para la graduación de la pena.

Recordamos que *“el límite entre la imputabilidad y la inimputabilidad está indicado por una valoración jurídica que exige cierta magnitud de esfuerzo y no más... Afirmar que el código argentino no reconoce la posible disminución de la imputabilidad implica asignarle a la expresión “no haya podido” del inciso 1° del art. 34 un carácter de imposibilidad total y absoluta... Por ello es totalmente falso negar grados de imputabilidad y, por consiguiente, de culpabilidad. Reconociendo esos grados, queda claro que debe aceptarse que hay sujetos que tienen capacidad psíquica de culpabilidad, pero que ésta se halla disminuida (...) Debe quedar claro que la imputabilidad disminuida es un caso particular de menor culpabilidad o una regla para la cuantificación de la pena...”* -el subrayado nos pertenece- (de esta Sala, causa nro. 43161, “Porfirio, Guillermo Fernando, del 7 de noviembre de 2017).

En cuanto a la subsunción típica escogida el escenario planteado sugiere, con los alcances requeridos en esta etapa del proceso, que estamos ante la conducta prevista en el artículo 239 del Código Penal que estipula que para su configuración el sujeto activo, empleando fuerza o intimidación, debe oponerse al cumplimiento de la orden impartida por el funcionario público, o el particular que presta su colaboración, comprometiendo el desarrollo del acto que se está llevando a cabo (ver de esta Sala, causa 52209, “Ferraiolo, Esteban Darío”, del 4 de octubre de 2017).

Ello en consonancia con el plenario de esta Cámara “Palienko” en donde se sostuvo que hay resistencia si la persona se opone, valiéndose de medios violentos a la acción directa del funcionario sobre ella ejercida para hacer cumplir algo (citado en Almeyra, Miguel A. “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario, derecho penal parte especial”, tomo I, La Ley, v.3, Buenos Aires, 2011, pág. 681). Carece de relevancia si logran agredir o impedir el





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

cumplimiento de la medida en ejecución, ya que lo que se reprime es la oposición a la acción directa y legítima que le fue ordenada por la autoridad dentro de sus funciones (cfr. Donna, Edgardo A., “Derecho Penal, parte especial”, t. III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, págs. 58/59), que se verifica con los insultos, golpes y heridas causadas a los servidores públicos.

En conclusión, los cuestionamientos del impugnante no restan credibilidad al relato del empleado del servicio o de los policías ya que se pronunciaron de manera verosímil y coherente y sin comprobada animosidad contra la imputada.

En esa línea de pensamiento pierde sustento que las lesiones graves causadas a Villareal hayan ocurrido al intentar sujetarse cuando caía al suelo, ya que ello se descarta con las versiones de Rojo “(...) *quiso darse a la fuga, salió corriendo del lugar, y a los cinco metros aproximadamente, trastabilla, se patina y cae al piso. Llegamos a esa instancia con mi compañera, con ánimo de calmarla a la señora, esta se coloca de pie, y toma violentamente los cabellos de mi compañera, y le arranca un mechón de pelo del lado derecho*” y Villareal “(...) *en el forcejeo como que pegó un manotazo y me saca un mechón de pelo*” y tal figura concurra realmente con la ya citada.

Por último, todo lo ocurrido con posterioridad a la detención de Gómez, es materia de investigación por la extracción de testimonios oportunamente ordenados por el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N°42, a raíz del habeas corpus tramitado en ese Tribunal, a la que se acumuló materialmente la causa que se inició ante la Procuraduría de Violencia Institucional y que actualmente se encuentra en trámite bajo el nro. 58936/17 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 27 (fs. 96 y 164).

En consecuencia, sin perjuicio de la asignación concursal (artículo 401 del catálogo procesal citado) y la discusión que pueda





Poder Judicial de la Nación

CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 6
CCC 58838/2017/CA1
GÓMEZ, MARIANA Solange
Procesamiento
Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n°45.-
(MAA)

efectuarse en un debate, bajo los principios de contradicción, inmediatez y oralidad que lo caracterizan; el Tribunal **RESUELVE:**

CONFIRMAR el punto I, del auto de fs. 113/123, en cuanto ha sido materia de recurso.

Regístrese, notifíquese y devuélvase las presentes actuaciones al juzgado de origen, sirviendo lo proveído de atenta nota de envío.-

Se deja constancia que el juez Rodolfo Pociello Argerich, subrogante de la vocalía nro. 3, no interviene en la presente por hallarse cumpliendo funciones en las audiencias de la Sala V de esta cámara al momento de celebrarse la audiencia.

JULIO MARCELO LUCINI

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

ANTE MÍ: MIGUEL ÁNGEL ASTURIAS

