

Cámara Nacional de Casación Penal

2010 - Año del Bicentenario

Reg. n° 16.552

//la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 14 días del mes de septiembre de 2010, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Juan E. Fégoli como Presidente y los doctores Juan C. Rodríguez Basavilbaso y Raúl R. Madueño como Vocales, a los efectos de examinar y resolver el recurso de casación deducido por el Dr. Alberto Bovino en representación del Presidente de la Comunidad Homosexual Argentina, César Bartolomé Alberto Cigliutti, contra la resolución obrante a fojas 64/66 de esta causa registrada bajo el N° 9234, caratulada "COMUNIDAD HOMOSEXUAL ARGENTINA s/ recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1º) Que la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional confirmó la resolución obrante a fojas 22/24 por la cual el magistrado de la anterior instancia rechazó la solicitud efectuada por César Bartolomé Alberto Cigliutti, en su carácter de Presidente de la Comunidad Homosexual Argentina, de ser tenido por parte querellante en los autos principales.

Que contra esta decisión el Dr. Alberto Bovino en representación del Presidente de la Comunidad Homosexual Argentina, César Bartolomé Alberto Cigliutti interpuso recurso de casación a fojas 70/72, el que fue concedido a fojas 79 y vta. y mantenido a fojas 85.

2º) Que la recurrente fundó la vía impugnativa impetrada en las previsiones del inciso segundo del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación -error *in procedendo*-, argumentando que en la decisión puesta en crisis el Tribunal ha mencionado los problemas que deben ser resueltos

sin preocuparse por justificar cuáles son las razones que le han llevado a imponer su punto de vista por sobre el del pretense querellante.

Sostuvo que el pronunciamiento resulta contradictorio por cuanto por un lado se reconoció la legitimación de las asociaciones para constituirse en parte querellante, para luego negarle a la entidad presentada tal calidad desconociendo por completo los hechos, circunstancias y argumentos oportunamente expuestos que hacen admisible el reconocimiento de tal legitimación y señaló que en algunos pasajes la redacción del decisorio resultaba ininteligible.

Destacó, a su vez, que en ningún momento su parte ha invocado la supuesta violación a las disposiciones de la ley 23.592, pues sus planteos refieren al principio de no discriminación de jerarquía constitucional, propio del derecho internacional de derechos humanos, resaltando que lo atingente a la orientación sexual no se encuentra incluido en la norma de mención cuya aplicación en el caso fue desechada por la Alzada.

Por las razones expuestas solicitó que se deje sin efecto la resolución impugnada haciendo lugar a la pretensión de ser tenidos por parte querellante. Hizo reserva del caso federal.

3º) Que, superada la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.).

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso, en segundo y tercer lugar los doctores Raúl R. Madueño y Juan E. Fégoli, respectivamente.

Y CONSIDERANDO:

El doctor Juan C. Rodríguez Basavilbaso dijo:

Que la resolución de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional,

que confirmó la del magistrado de anterior instancia que no había hecho lugar a la solicitud del Presidente de la Comunidad Homosexual Argentina de ser tenido por parte querellante, se ajusta a la doctrina seguida por esta Sala al fallar recientemente en la causa n° 11.559, "Credilogros Compañía Financiera s/ recurso de casación", reg. n° 15.670.

Con remisión, pues, a los fundamentos de cita, el recurso debe ser rechazado, no sin dejar se señalar que, en mi opinión, el dictado de la ley 26.550, en tanto admite la participación de asociaciones intermedias como parte querellante en los procesos que versan sobre crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos, es demostrativo del carácter excepcional de las intervenciones que faculta la norma.

El doctor Raúl Madueño dijo:

I. Que la presente incidencia remite a los hechos ocurridos el día 18 de abril de 2006, alrededor de las 22:15 horas en el local comercial denominado "Cero Consecuencia" ubicado en la calle José Antonio Cabrera N° 3769 de este medio, donde personal policial perteneciente a la Seccional 21° de la Policía Federal -aduciendo que fueron alertados de la posible comisión de un delito de acción pública (comercialización de estupefacientes) mediante un llamado efectuado desde un teléfono público al Complejo Telefónico de Emergencia 101-requisaron sin orden judicial el local con el objeto de buscar estupefacientes. Al no hallar drogas, el personal policial actuante dio aviso a la autoridad judicial correspondiente a la justicia correccional ante una eventual infracción a la ley 12.331.

Los presentantes sostuvieron que durante el desarrollo del procedimiento en el local allanado se encontraban alrededor de setenta personas, muchas de ellas desnudas y que fueron obligadas a permanecer así, formadas en fila contra una pared. Recién luego de revisar toda la ropa de los asisten-

tes y anotar sus datos les fue dado vestirse, aunque se les impidió retirarse. Así las cosas, el apelante afirmó que en el caso se verificó un inequívoco maltrato a las víctimas que fueron discriminadas por su orientación sexual, a lo que se sumó la humillación a la que se sometió a los asistentes a la reunión por parte de los agentes policiales al abrir las ventanas y correr las cortinas de manera que las personas detenidas pudieran ser vistas desde la calle. Apuntó, a su vez, que algunos de los funcionarios insultaron y se burlaron de los detenidos en razón de su condición de homosexuales.

II. La petición que nos ocupa impone que se efectúen algunas consideraciones a efectos de establecer si la Comunidad Homosexual Argentina se encuentra legitimada para ser tenida como parte querellante en el proceso formado como consecuencia de los sucesos reseñados en el apartado que antecede.

En anteriores oportunidades he sostenido que dentro de los sujetos procesales penales el querellante - con la excepción de los delitos perseguibles por acción de ejercicio privado, donde es sujeto principal- es parte secundaria o eventual puesto que su presencia no resulta indispensable para que se desenvuelva legalmente el proceso penal. Su carácter accesorio deriva del hecho de que sólo se concibe su existencia en el proceso si intervienen los sujetos principales de éste. De lo contrario, su desarrollo sería inválido.

Este sujeto es quien formula en definitiva un acto imputativo: la querrela. Es siempre un acusador privado cuya actuación resulta facultativa tanto en su inicio como en su desarrollo. Despliega la acción penal a la par, en forma subsidiaria o con exclusión del Ministerio Público Fiscal.

Resulta exigencia ineludible que se trate del ofendido, esto es, del titular del bien jurídico afectado por el delito. De allí que quede excluido el simple damnificado que es quien padece un detrimento patrimonial o moral.

Se reconocen distintos tipos de querellante. Así, puede presentarse el exclusivo, el conjunto, el subsidiario y el adhesivo. En nuestro derecho interno se receptan las figuras del querellante exclusivo y del conjunto. El primero resulta esencial en los delitos de acción privada de conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 del Código Penal mientras que el segundo presupone la intervención del Ministerio Público Fiscal dado que actúa en los supuestos de delitos de acción pública. El querellante subsidiario es aquél que sólo actúa si el acusador público abandona el ejercicio de la acción, y el adhesivo es el que ingresa en el proceso como un tercero adherente a la acusación y conclusiones del Ministerio Fiscal.

El artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación, en lo pertinente establece que "Toda persona con capacidad civil particularmente ofendida por un delito de acción pública tendrá derecho a constituirse en parte querellante y como tal impulsar el proceso, proporcionar elementos de convicción, argumentar sobre ellos y recurrir con los alcances que en este Código se establezcan (...)". Como nota distintiva cabe destacar que el acusador privado tiene que haber sufrido directamente las consecuencias del delito en cuanto titular del bien jurídico tutelado por la norma penal que lo prevé (Conf. Clariá Olmedo, Jorge A. Derecho Procesal Penal, actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, Tomos I y II, Santa Fe, 2001; C.N.C.P., Sala II, "Giribaldi, Eduardo s/ recurso de casación", causa N° 2121, reg. N° 2964, rta. El 22/11/1999).

Sin perjuicio de lo expuesto cabe reconocer la hipótesis donde el sujeto pasivo típico no coincide necesariamente con el ofendido. Es el caso, por ejemplo de aquellos delitos contra las personas que imposibilitan que el primero actúe en el proceso, como cuando ocurre la muerte del ofendido. En tales supuestos pueden ejercer este derecho su cónyuge

supérstite, sus padres, sus hijos o su último representante legal -vide art. 82, tercer párrafo, del C.P.P.N.- (conf. Creus, Carlos, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, 1996).

Es dable señalar que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que las garantías constitucionales en el proceso penal amparaban sólo al acusado, a partir del caso "Otto Wald" (Fallos, 268:266) se verificó un cambio sustancial en la concepción del Alto Tribunal, de manera que a partir de aquel precedente debe entenderse que todo al que la ley le reconoce personería para actuar en juicio en defensa de sus derechos sea que actúe como acusador o acusado, demandante o demandado, se encuentra amparado por la garantía del debido proceso legal consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional (v. Carrió, Alejandro D., Garantías constitucionales en el proceso penal, Buenos Aires, 2006).

En similar dirección he sostenido que hace a la plenitud del derecho de defensa de quien se considera agraviado por un delito garantizarle el acceso pleno a la jurisdicción (conf. C.N.C.P., Sala II, "Tomas Hatti, Alba s/ recurso de queja", reg. N° 6746, rta. el 15/7/2004, causa N° 5204; "Garona, José Ignacio s/ recurso de queja", reg. N° 1464, rta. el 20/06/97; "Retamar, Pedro Joaquín s/ recurso de casación", reg. N° 3253, rta. el 18/05/2000; "Ingrato, María y otros/recurso de casación", reg. N° 3897, rta. el 9/3/01 y "Administradores de A.T.C.S.A. s/ recurso de casación", causa N° 2927, reg. N° 6621, rta. el 4/6/2004; Sala I, "Borenholtz, Bernardo s/ recurso de casación", reg. N° 44, rta. El 28/9/93.

III. En relación a un supuesto donde se pretendía el reconocimiento del rol de querellante a una asociación de consumidores en un proceso formado en torno a la investigación de los delitos de defraudación y administración fraudulenta presuntamente cometidos por una Compañía Financiera (Vide causa N° 11.559, "Credilogros Compañía Financiera s/

recurso de casación", rta. el 12 de abril de 2010, reg. N° 15670.1) sostuve que de la redacción del artículo 82 del código de forma se desprende claramente que quien podrá asumir el rol de querellante en una causa penal es la persona que se haya visto afectada por el hecho ilícito, y ello es así pues como condición indispensable para otorgar tal carácter de partes se requiere que la afectación por el daño que el delito acarrea sea directa, real, especial y singular; lo cual implica el compromiso inmediato de un interés o derecho de quien pretende detentar la calidad referida. De ello, se infiere que en el concepto de "particular ofendido" por el delito no pueden considerarse incluidas las personas ideales, cuando pretendan la persecución de delitos que tienen por ofendido a personas distintas de sus entes.

No obstante, afirmé que estas personas ideales sí pueden intervenir como parte querellante siempre y cuando actúen como representante de un particular ofendido por el delito que se investigue, es decir, que intervenga como un mandatario especial de la víctima. Para ello, debe existir un poder especial otorgado por el damnificado hacia la asociación, por quien desea ser representado (cfr. causa n° 10.801 "Chomic-ki, Ricardo Miguel s/recurso de queja", reg. n° 14.466, rta. el 13/5/09, de la Sala II).

Destaca que en el caso mencionado el contenido económico de la lesión se erigía en el punto central de la pretensión examinada.

De allí que encuentro que los conceptos reseñados no se ajustan estrictamente al supuesto *sub examine* en atención a las razones que desarrollaré en el acápite que sigue.

III. En primer lugar es dable recordar que la Corte Suprema de Justicia, en relación con el alcance que cabía dar a las prescripciones del artículo 43 de la Constitución Nacional, desarrolló diversas nociones relativas a las

llamadas acciones de clase, cuya consagración constitucional como nuevas garantías se verificó con la reforma operada en el año 1994, de explícita ligazón con el instituto del amparo.

Esta vía expedita de tutela inmediata de derechos constitucionales esenciales afectados en ausencia de remedios procesales adecuados para su resguardo no se encontraba prevista de forma expresa en nuestro derecho, mas se instituyó como una creación pretoriana ideada a fin de suministrar una respuesta jurisdiccional eficiente y concreta (conf. casos "Siri" y "Kot"). Con posterioridad, la ley 16.986 estableció como requisito de admisibilidad del amparo que no se contara con otras vías, remedios o recursos administrativos y/o judiciales que permitan la protección del derecho esencial vulnerado, o que éstos remedios se hubiesen agotado. Sin embargo el Alto Tribunal morigeró el rigor de tales demandas admitiendo excepciones a la regla implementada, cuando dichos remedios se revelaren ineficaces a los fines de la tutela. (Conf. María Angélica Gelli, Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, Avellaneda, Prov. de Buenos Aires, 2006, pág. 477 y ssgts.).

De este modo, se vislumbra un giro en la concepción tradicional de quienes se reconocen legitimados a efectos de lograr el acceso a la jurisdicción en procura de tutela de derechos constitucionales esenciales, ampliándose el universo de sujetos que pueden propiciar su protección. De modo que la redacción del segundo párrafo del artículo 43 bajo análisis estableció "podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización". Con ello el constituyente ha creado la categoría

de derechos de incidencia colectiva en general, dando fin al debate acerca de la admisión jurídica de los derechos de pertenencia colectiva o difusa.

Cuando se verifica una afectación de derechos puede suceder que confluyan intereses privados y públicos, donde la lesión individualmente considerada puede presentarse mínima, pero que en conjunto con la de todos los afectados resulta considerable, problemática que procura ser remediada mediante las llamadas acciones de clase, alternativas que contempla nuestra constitución Nacional en los artículos 43, 41, 42 y 120.

No puede soslayarse que en hipótesis como la que se presenta en el *sub lite* surgen manifiestamente insuficientes las herramientas procesales tradicionales debiendo acudirse a flexibilizaciones técnicas a fin de facilitar un acompañamiento de los derroteros atinentes al acceso a la justicia a los nuevos medios instrumentales para efectivizar la defensa de lo colectivo.

Es que no puede perderse de vista que de la mano de esta evolución o dinámica son necesarias nuevas vías que de hecho se han ido abriendo camino en nuestro ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia, receptando ya sea a nivel constitucional el amparo colectivo, o bien en el campo procesal penal al admitirse la legitimación activa de ciertas personas jurídicas en materias vinculadas a los derechos humanos, afines a su objeto estatutario, conforme a la ley 26.550.

Cabe mencionar que el proyecto de esta última ley tuvo su origen en el Poder Ejecutivo Nacional. El mensaje remitido el 10 de septiembre de 2009 al Honorable Congreso de la Nación señala que tal proyecto tendía a regular la participación de las asociaciones intermedias como parte querellante en los procesos por delitos de acción pública en los que se investigasen crímenes de lesa humanidad o graves violaciones a los derechos humanos. Haciéndose cargo de que la

tendencia moderna en derecho procesal penal, tanto en el derecho comparado como en la doctrina especializada propicia una ampliación en la participación de la víctima en el proceso penal, de modo de reconocerle la facultad de constituirse en parte querellante . La importancia de las razones aducidas para ello reside en que esta facultad se encuentra directamente vinculada con derechos y garantías de jerarquía constitucional que aseguran a los ciudadanos el acceso a la justicia en defensa de sus derechos, y, por otro lado, en que se destaca que la actuación en el proceso del ofendido -que resulta ser uno de los actores principales del conflicto que se procura dirimir- es propio del modelo acusatorio de enjuiciamiento, que es el más respetuoso de las garantías individuales y de los principios del sistema democrático. A la vez, estas nuevas formas de participación se erigen en instancias de participación ciudadana en la administración de justicia, lo que favorece el ejercicio del debido control de la actuación de los órganos públicos y contribuye a la optimización del sistema.

En el mensaje que nos ocupa se puso de relieve que se ha verificado un progresivo reconocimiento de los derechos de la víctima para intervenir en la investigación y juzgamiento de los delitos que la han visto comprometida, lo que redundó también en una considerable ampliación del concepto de víctima u ofendido, en especial, en aquellos casos en los que el hecho ilícito ha lesionado bienes supraindividuales. "De este modo, además de la persona directamente lesionada o sus familiares, en ciertos casos en los que la lesión alcanza bienes jurídicos colectivos o universales, las asociaciones constituidas para la defensa de esos bienes son consideradas asimismo víctimas del delito, y como tales, están facultadas para ejercer ciertos derechos en el proceso(...). Siguiendo esta línea, el presente proyecto viene a regular en el orden federal la participación que cabe otorgar a las asociaciones intermedias en determinados casos, donde se investigan acciones

delictivas de gran magnitud y gravedad, que lesionan bienes jurídicos supraindividuales o derechos de incidencia colectiva reconocidos constitucionalmente. En otras palabras, se trata de extender la legitimación para querellar, que el ordenamiento procesal vigente reconoce en todos los casos al particular ofendido, a las entidades colectivas constituidas conforme a la ley para la defensa de derechos de incidencia colectiva, cuya legitimación para interponer acciones colectivas se les reconoce en el artículo 43 de la Carta Magna, en los casos donde esos intereses se vean comprometidos”

Por su parte, el cintero Tribunal, al expedirse en el caso “Halabi, Ernesto s/P.E.N.-ley 25.873-dto.1563/04 s/amparo ley 16.986”, fallo del 24 de febrero de 2009, analizando las acciones de clase en relación con la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Carta Fundamental, señaló que en materia de legitimación procesal es dable reconocer tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. El primer párrafo del mencionado artículo 43 se refiere a la primera de estas categorías, estableciendo una acción destinada a proteger derechos divisibles y no homogéneos donde se busca la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

Los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos y que, por ende, pertenece a toda la comunidad, son indivisibles y no admiten exclusión alguna, lo que redundaría en el reconocimiento de una legitimación extraordinaria para reforzar su protección pero sin que medie un derecho de apropiación individual sobre el bien por no hallarse en juego derechos subjetivos. Tal es el caso en el que se encuentran en juego cuestiones ambientales donde el bien comprometido es de naturaleza colectiva, pertenece a la esfera social.

Finalmente, los derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos cuya noción categorial emerge en casos donde un hecho único o continuado -a modo de causa fáctica homogénea- produce la lesión a todos los derechos individuales. Sería el caso de los derechos patrimoniales o personales derivados de la afectación al ambiente o a la competencia, de los derechos de usuarios y consumidores y de los derechos de sujetos discriminados. Media homogeneidad aunque la lesión se ciña a derechos individuales enteramente divisibles -no se compromete a un bien colectivo- dado que aquélla reside en la causa fáctica común que los alcanza.

Siguiendo esta línea argumental, la Corte prosiguió delineando los caracteres de este tipo de acciones y reclamó para su procedencia la verificación de una causa fáctica común, la producción de un efecto colectivo, y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, aunque la admitió en casos en que se trataran derechos individuales siempre que exista un fuerte interés estatal para su protección ya sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados, como en los supuestos en los que se vean involucrados grupos que tradicionalmente se han visto postergados o, en su caso, débilmente protegidos.

El Alto Tribunal subrayó que las declaraciones, derechos y garantías contemplados en el texto constitucional no constituyen meras fórmulas teóricas sino que cada artículo y cláusula en él contenidos poseen fuerza obligatoria para los individuos y para las autoridades, de manera que es deber de los jueces aplicar la Constitución en la plenitud de su sentido sin alterar o debilitar la expresa significación de su texto sino asegurando los grandes objetivos para los que fue dictada.

A su vez recordó que invariablemente ha

sostenido que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido y puso de relieve que las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias cuyas limitaciones no pueden erigirse en obstáculos para la efectiva vigencia de dichas garantías.

Estos conceptos desarrollados por la Corte en relación con la acción de amparo, cabe que sean transpolados a la materia penal, no sólo en atención a la unidad inherente a todo el ordenamiento jurídico, sino a la necesidad de asegurar el acceso a la jurisdicción como garantía de tutela de los derechos esenciales reconocidos en nuestro bloque constitucional, garantía que no puede soslayarse en modo alguno so pretexto de una interpretación normativa superada por los avances constantes del derecho en procura de una morigeración de los rigorismos formales que atentan contra la idea nuclear de protección de tan altos fines.

Es que en la materia objeto de estudio en el caso *sub examine* cobra particular relevancia la presunta lesión de derechos constitucionales esenciales que se habría verificado en el accionar investigado desde que, como lo dijera en otra oportunidad, la dignidad humana, la libertad y la no discriminación son inseparables entre sí.

Por otro lado no puede perderse de vista que la asociación que pretende su reconocimiento como parte en el presente proceso prevé entre sus fines estatutarios "a) Bregar porque la condición de homosexual no sea motivo de discriminación en lo familiar, social, moral, religioso, laboral, ni de ninguna otra índole(...) C) Luchar por la plena vigencia de los Derechos Humanos en todo el territorio de la República Argentina. Para el logro de estos objetivos la Comunidad adoptará medios pacíficos y democráticos". Si a ellos se agrega que se cuenta en el *sub lite* con un poder que en

concreto faculta a los presentantes a constituirse en parte querellante, no puede sino hacerse lugar a la petición que fuera denegada en las anteriores instancias y reconocer a la Comunidad Homosexual Argentina el rol procesal que pretende.

Por todo lo expuesto voto por que se haga lugar al recurso impetrado y se deje sin efecto la decisión apelada, debiendo tenerse a la Comunidad Homosexual Argentina como parte querellante en el proceso donde se generó la presente incidencia.

El doctor Juan E. Fégoli dijo:

Que se adhería al voto del Dr. Rodríguez Basavilbaso.

Por ello, el Tribunal, por mayoría **RESUELVE:**

Rechazar el recurso impetrado. Con costas (artículos 471 (a *contrario sensu*), 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y devuélvase a su procedencia.

Fdo. Juan E. Fégoli, Juan C. Rodríguez Basavilbaso y Raúl R. Madueño. Ante mí: Javier E. Reyna de Allende. Secretario de Cámara.