



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

Causa Nro. 772/2012 "N.N. s/ homicidio."

Interlocutoria Sala VI (10).

Juzgado de Instrucción n° 24

//////////n la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de julio de 2012, se reúnen los integrantes de la Sala VI y la Secretaria Autorizante, para tratar la apelación deducida por el pretense querellante (ver fs. 2400/2402), contra el auto de fs. 2359 que no hizo lugar a su solicitud de legitimación activa.

AUTOS:

Celebrada la audiencia y tras la deliberación pertinente, estamos en condiciones de expedirnos.

Y VISTOS Y CONSIDERANDO:

El recurrente solicitó en su calidad de concubino de la víctima de autos -quien fuera en vida O. R. - asumir el de acusador particular.

I.- El Dr. Julio Marcelo Lucini dijo:

Sin emitir opinión respecto a si puede o no ser querellante el concubino y en concreta respuesta al planteo de la parte en la audiencia, dado el carácter complejo del asunto y más allá del tiempo transcurrido, es prudente mantener el criterio adoptado por el Sr. Juez de la anterior instancia, quien sí en lo inmediato deberá definir el rol que pretende atribuir a G. G. para que pueda ejercer ampliamente sus derechos.

II.- El Dr. Mario Filozof dijo:

La norma específica (art.82 del ordenamiento procesal) otorga derecho a querellarse a la persona particularmente ofendida -primer párrafo- y luego -tercer párrafo- refiere que en caso de muerte del ofendido podrán ejercer este derecho el cónyuge supérstite, sus padres, sus hijos, o su último representante legal. Adviértase que la legitimación otorga a la calidad de acusador particular la característica no menor de "derecho".

En primer lugar habrá de decirse que el análisis conjunto de la norma y más específicamente la utilización de la palabra "podrán" no parece traer aparejada una situación excluyente.

Sumado a lo expuesto que la juridicidad implica analizar el ordenamiento como una totalidad lo que ha generado un proceso arduo en mi

intelecto y con ello los demás motivos a señalar “ut infra” impone variar cualquier interpretación restrictiva; a lo que cabe adicionar que, la aplicación analógica de las leyes procesales no se encuentra vedada por el ritual ni por la Constitución Nacional (C.S.J.N. Fallos 316-1223, 318-207, 320-2649,303-1548, 305-1092, entre otros).

--Avala esta toma de decisión el avance jurisprudencial hacia la posibilidad que se ha dado para constituirse en querellante a quien haya sufrido algún perjuicio derivado de la lesión al bien jurídico afectado. Así a modo de ejemplo: C.C.F. Sa. I c.31243 “Kayat” del 7-12-99; C.A.Dolores c.56456 “Cabezas” del 18-9-98; más específicamente respecto del tema que ocupa estos renglones C.C.F Sa. II “Incidente de excepción” 7-11-02, entre otros y en doctrina Bovino “*Problemas...*” p.105; Righi “*Dogmática...*” p.326; D’Albora “*Código...*” p.100. A modo de síntesis puede decirse que parece lógicamente inconcebible que quienes se reconocen como víctimas no reciban la menor participación en la persecución penal por un prurito superado holgadamente en la sociedad de nuestros días y lo sostengo haciéndome eco de la profunda crítica que realiza el doctor Julio B.J. Maier “*De los delitos*” p.221.

Siguiendo esa línea de pensamiento y la base argumentativa de las conclusiones del presente deben destacarse las características del concubinato para concluir que se corresponden con la unión conyugal, a saber: la cohabitación, la notoriedad, exclusividad de la relación -fidelidad- y permanencia. No se trata de negar que el matrimonio es una institución reconocida legislativamente, que ha merecido protección legal y formal sino de no impedir que la convivencia de marras pueda producir determinados efectos, pues, si bien en el caso puede encontrarse discusión sobre el punto no es menos cierto que las leyes, la doctrina y la jurisprudencia le otorgan efectos jurídicos al concubinato, dadas ciertas condiciones.

Esto es, que el haber acudido a un Registro Civil para formalizar un acto posee reconocimiento legislativo y claro está, también lo posee el concubinato; las semejanzas son los efectos que genera la legislación civil, aún cuando en los últimos años y esto debe subrayarse, jurisprudencia de ese Fuero ha ido atenuando las distancias, paralelamente con



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

Causa Nro. 772/2012 “N.N. s/ homicidio.”
Interlocutoria Sala VI (10).
Juzgado de Instrucción n° 24

la propia legislación (arts.5° ley 15775, 6° ley 16739, 15° ley 21342, 9° ley 23091 y 1° ley 23570, y plenario publicado en la Ley T° 1995-C-p.642).

No es cuestión menor que el concubinato exige de un mayor esfuerzo probatorio, y requisitos paralelos con los requeridos a la institución matrimonial (se trata de un estado de matrimonio aparente que debe reunir los caracteres referidos mas arriba).

Es por ello que resulta ineludible acudir a la brújula del proceso (art.2 C.P.P.N.) para arribar a la conclusión que amerita el caso en examen y en esta dirección se pondrá el acento en que en nuestro derecho la relación entre convivientes no está teñida de ilicitud (basta recordar el artículo 19 de la Constitución Nacional y la nota que ya Vélez Sarsfield colocó al artículo 325 del Código Civil). Puede así sostenerse sin temor a equivocación que la inmoralidad del concubinato y su no juridicidad se encuentran en retirada.

No se trata de negar que el matrimonio ha merecido una protección legal y formal, de lo que se trata es de no negar que la convivencia puede producir efectos jurídicos, como en el caso, cuando se dan determinadas pautas. La ley no lo prohíbe y un análisis de conjunto permite otorgarle el pretendido derecho.

Véase la paradoja: en los casos de muerte si el concubino supérstite tuviera un hijo menor de edad podría, como representante legal del incapaz, constituirse en querellante. De la misma manera puede hacerlo el hijastro, el padrastro o la madrastra de la víctima (Navarro- Daray “Código...”, T I, p.295). Incluso se ha reconocido la posibilidad de asumir el rol analizado a la abuela en representación de la nieta ante el fallecimiento de la madre de ésta (v. Almeyra “Código...” T I p.526 nota 97).

Todo inclina a sostener que debe prevalecer la afectación que puede generar la muerte, en la persona que reclama su rol activo en el proceso.

Otra fórmula de oposición se sustenta en que el artículo 82 del C.P.P.N. se guía por los preceptos constitucionales de protección de la familia. Al respecto puede rescatarse el comentario de Néstor Pedro Sagüés (“*Elementos...*” T.2 p.732) en el sentido que la tendencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es sostener que el art.14 bis de la Constitución Nacional ampara tanto al matrimonio legítimo como el núcleo familiar de hecho con diversas citas jurisprudenciales (V. asimismo Bidegain “*Cursos...*” T V p.333).

Acreditada la relación de convivencia, su solidez y proyección; no debe temerse en reconocer como damnificado a quien sufre la muerte del conviviente (ver artículo 29 del Código Penal) y si se reconoce que la tesis restrictiva se encuentra en retirada no existe otro remedio que acudir a la realidad sin recurrir a formalismos extremos y así admitir que la norma aplicable en la especie no excluye la posibilidad de otorgar al concubino el papel de acusador particular con los límites que ya se han referenciado.

La legislación supranacional y los conceptos que de ella derivan parecen encaminarse en exigir una efectiva protección de la víctima y un real acceso a los Tribunales de Justicia (véase por ejemplo arts. 1.1, 8.1, 25 C.A.D.H y opinión consultiva OC-9 del 6-10-87, entre otros). Tal acceso y la referida protección sólo se brindan virtualmente si no se permite probar, alegar y contradecir, pues de lo contrario no se está ante la tutela judicial efectiva.

Estos parámetros reviven lo afirmado en los primeros renglones del presente voto, para recordar que el primer párrafo del artículo 82 del ritual admite como querellante a la víctima y luego en el caso de muerte (párrafo tercero) permite asumir el rol de acusador particular a sus parientes más cercanos -cónyuge supérstite, padres, hijos- y al último representante legal. Varios vacíos legales han sido tenidos en cuenta por la doctrina y la jurisprudencia para evitar situaciones de privación de justicia -así “*ut supra*” se señaló al hijastro, madrastra, etc.- no obstante predomina, en mayoría, la tesis contraria a admitir al concubino.

Si se dan las condiciones que han sido referenciadas en renglones superiores, y sin perjuicio de los límites procesales que posee el querellante, la paridad existente entre el cónyuge y el concubino supérstite trae a colación que todo indica pensaban compartir las necesidades de la edad



Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

Causa Nro. 772/2012 “N.N. s/ homicidio.”

Interlocutoria Sala VI (10).

Juzgado de Instrucción n° 24

avanzada. Es en esa inteligencia que paso a considerar que permitir el ingreso al proceso al concubino coincide con el paradigma del Estado constitucional y democrático del siglo XXI.

Las reformas que sobre el Código Civil se encuentran en el Honorable Congreso de la Nación y cuyo proyecto se adjudica a integrantes del Máximo Tribunal del país, subrayan los argumentos vertidos en el discurso precedente.

En el caso particular, transcurrido más de un año del hecho a dilucidar, corresponde darle acceso al recurrente como acusador privado y, en caso de ser sospechado, luego esta condición puede ser revocable de oficio, mientras tanto se le está negando el derecho a ser oído.

Así considero, que debe revocarse la decisión en Alzada y tener por parte querellante a G. G. sujeto a la jurisdicción del Tribunal y las resultas del juicio y por constituido el domicilio indicado a fs. 2351 del presente.

III.- El Dr. Ricardo Matías Pinto dijo:

1.- El pretense querellante sostiene que la decisión que deniega su solicitud de constituirse en acusador particular es inconsistente y vulnera su derecho de acceso a la justicia y la garantía del debido proceso.

Destaca que lo considera “*sujeto pasivo de la investigación*” sin dar razones que justifiquen esa afirmación, no obstante lo cual tampoco lo sindicó como imputado, es decir que no es lo suficientemente sospechoso para ser legitimado pasivamente pero sí para impedirle asumir el rol pretendido.

2.- Para resolver la cuestión tengo en cuenta que de las constancias del sumario surge que G. G. y quien en vida fuera O. R. fueron pareja por más de doce años, convivían y planeaban casarse a finales del año pasado (ver entre otras, fs. 50/51, 55/56, 1304/1307, 1147/1449), empero, el 17 de junio de 2011, éste fue hallado muerto a orillas del río.

Por otro lado, el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación habilita a ejercer el rol de querellante, cuando se tratare de un delito cuyo resultado sea la muerte del ofendido al cónyuge supérstite y el nuevo texto del artículo 172 incorporado al Código Civil por la ley 26.618 promulgada el 21 de julio de 2010, establece que el matrimonio tendrá los mismos requisitos o efectos con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

3.- Al analizar la decisión del Magistrado de la anterior instancia se advierte que no luce razonable porque se limita a rechazar la petición sin explicitar los fundamentos en los que basa su pronunciamiento lo que impide a G. acceder al expediente sin definir su rol.

Por lo cual corresponde considerar si el recurrente se encuentra legitimado para ser querellante, y a estos fines se debe realizar un balance entre la búsqueda de la verdad en el proceso y el acceso a la jurisdicción. En ese sentido, el Sr. Juez no le imputa al peticionante el delito pero tampoco le permite ser acusador privado sin expedirse.

Al considerar la temática conforme la reforma realizada por la ley 26.618, entiendo que no existe impedimento alguno para que el supérstite, sin distinción de sexo, acceda al rol de querellante en la causa en la que se investiga la muerte de su cónyuge. De esta forma, en el caso no es razonable restringirlo por que el matrimonio no se llevó a cabo, pues está probado que la víctima y el recurrente iban a contraer enlace y no se advierte tampoco un perjuicio a un tercero y/o al proceso al valorar en forma amplia el derecho a acceder a la jurisdicción.

No se puede perder de vista que el pretense querellante y la víctima fueron pareja durante más de doce años y planeaban casarse a finales del 2011 como se señaló, que la ley que admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo fue promulgada el 21 de julio de 2010 y la muerte de O. R. fue descubierta el 17 de junio de 2011.

De este modo, el tiempo que convivieron como pareja sin poder contraer matrimonio y la intención que tenían de hacerlo, junto con la reforma del artículo 172 del Código Civil por la referida ley, demuestra que es razonable en este caso particular permitirle el acceso a la jurisdicción como querella, pese a no haberse casado, para evitar una discriminación que sería la



Poder Judicial de la Nación

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

Causa Nro. 772/2012 “N.N. s/ homicidio.”

Interlocutoria Sala VI (10).

Juzgado de Instrucción n° 24

consecuencia de la imposibilidad que tuvo en su momento para contraer matrimonio. Situación que justamente tuvo en consideración el legislador al sancionar la reforma al Código Civil. Por lo cual, si en la actualidad ante esta normativa podría casarse, y por ello se encontrarían los supuestos de legitimación prescriptos en el artículo 82 del Código Procesal Penal de la Nación reunidos, no es razonable restringirle el derecho requerido (arts. 16 de la Constitución Nacional, 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En el marco de la audiencia, el recurrente consideró que su situación requería ser ponderada como una “*acción afirmativa*” para evitar la discriminación del grupo al que pertenece. Al respecto advierto que este concepto fue analizado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en los precedentes “Gorbak, Erika” y “Grutter, Bárbara c. Bollinger, Lee y otros” (ver La Ley 2004-B, 282 y 2004-B, 283, respectivamente y *Gelli, María Angélica* “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, Tercera edición ampliada y actualizada, La Ley, Bs. As. 2005, pág. 198, 199 y ss).

En esta inteligencia, no resulta indispensable acudir a esta interpretación para evaluar el artículo 82 del código de forma que limitaría el acceso a las personas que se encuentran en un estado como el del recurrente. Si se evalúa aquella norma con las previsiones de la ley 26.618, la clara decisión del legislador debe ser pauta para interpretar este caso, para no discriminar su situación.

Se considera a la acción afirmativa en la doctrina: “*La reforma constitucional de 1994 atribuyó al Congreso la competencia para legislar medidas de acción positiva, a fin de garantizar la igualdad real de trato, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados. Por su parte, el art. 37 y la cláusula segunda de la Constitución garantizaron las acciones positivas a favor de mujeres, en materia electoral y partidaria asegurando, como mínimo, el mantenimiento de las ya establecidas por ley.*

Las disposiciones constitucionales y legales referidas al llamado cupo integran un tipo de las llamadas acciones afirmativas o de discriminación inversa o benigna en las que una categoría sospechosa, en este caso fundada en el sexo, es empleada para superar una desigualdad cultural y hasta tanto ésta se supere. (Gelli, op. cit., pág. 194 y 195).

La Corte americana utiliza la doctrina de las categorías sospechosas que son aquellas que originan una discriminación perversa, fundada en la raza, el sexo, la nacionalidad. Ese tribunal sometió a lo que llamó un escrutinio o control estricto (*strict scrutiny*) a esas categorías sospechosas, exigiendo la existencia de un interés suficientemente probado – que no implique persecución o antagonismo contra la clase cuestionada-, para sustentar la constitucionalidad de la discriminación. Como consecuencia, la presencia de una categoría sospechosa como criterio de diferenciación en la norma, haría presumir su inconstitucionalidad. (cfr. “Gorbak, Erika”, La Ley 2004-B, 282)

Por lo cual, se advierte que estos conceptos no resultan indispensables para resolver la cuestión ante las prescripciones del Código Civil citadas, y la evaluación de los hechos realizada.

Por último, no se puede soslayar incluso, que en caso de que con el devenir de la instrucción el Sr. Juez estime que se presenta el estado de sospecha que justifique convocarlo en los términos del artículo 294 del código ritual, podría separarlo de aquel rol (conf. Navarro, Guillermo Rafael – Daray, Raúl Roberto “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Bs. As. 2008, Tomo 1, 347). Por lo cual no advierto que esta postura pueda tener incidencia para afectar la investigación.

En consecuencia, voto adhiriendo a los fundamentos concordantes del Dr. Filozof, por revocar el auto atacado y tener por parte querellante a G. G. .

En consecuencia, el Tribunal **RESUELVE:**

Revocar el auto de fs. 2359 y tener por parte querellante a G. G., sujeto a la jurisdicción del Tribunal y las resultados del juicio y por constituido el domicilio indicado a fs. 2351 del presente.



Poder Judicial de la Nación
Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional

Causa Nro. 772/2012 "N.N. s/ homicidio."
Interlocutoria Sala VI (10).
Juzgado de Instrucción n° 24

Devuélvase, practíquense en primera instancia las notificaciones pertinentes y sirva lo proveído de atenta nota de envío.-

Julio Marcelo Lucini
- en disidencia -

Mario Filozof

Ricardo Matías Pinto

Ante mí:

Andrea Verónica Rosciani
Prosecretaria de Cámara Ad-Hoc