

(S. II - Tomo 3:449/480)

\_\_\_\_\_ Salta, 09 de agosto de 2022.

\_\_\_\_\_ **Y VISTOS:** Estos autos caratulados **"INCIDENTE DE NULIDAD PRESENTADO POR EL DEFENSOR PENAL DE LA UNIDAD DE DEFENSA N° 3 - RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD PENAL"** (Expte. N° CJS S-II 41.856/21), y \_\_\_\_\_

**CONSIDERANDO:** \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ La Dra. **Adriana Rodríguez Faraldo**, dijo: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 1°) Que a fs. 64/69 el Fiscal de Impugnación interpone recurso de inconstitucionalidad contra la resolución de la Sala IV del Tribunal de Impugnación de fs. 49/53 vta. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Luego de referirse a los antecedentes de la causa, señala que el fallo dictado es arbitrario por ser contradictorio, vulnerar la garantía del debido proceso y efectuar una interpretación errónea de las normas de forma y cláusulas constitucionales. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Sostiene que se han trasgredido preceptos de orden público. Destaca la protección de las víctimas de violencia de género y considera que ésta procede de quienes están llamados a protegerla. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En ese marco, apunta que, sin desconocer la restricción contenida en el art. 320 del Código Procesal Penal, la legislación procesal debe complementarse con la normativa constitucional y, a ese respecto, entiende que una vez conocida la prohibición a ser obligado a declarar por el testigo contra su cónyuge o pariente acusado, puede optar por deponer. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ En esa línea de razonamiento, estima que si bien la ley no obliga a testificar contra una persona de afecto cercano, tampoco le veda la posibilidad de hacerlo; de ese modo, discrepa con el criterio sostenido en la resolución que impugna por cuanto deja de lado normativa aplicable a cuestiones de violencia familiar y de género. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Afirma que la interpretación que se efectúe debe serlo respetando la perspectiva de género y teniendo en consideración que la víctima es mujer como asimismo las dificultades existentes para probar los hechos que se cometen en el ámbito familiar. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Arguye que la proscripción contenida en los arts. 320 del Código Procesal Penal y 20 de la Constitución Provincial no aparece como una garantía a favor del acusado; en razón de ello, repara que es irrelevante la clase de vínculo que tenían G. y S. con la víctima y si ésta mantuvo una relación reciente con el acusado o si residía con él desde hacía tiempo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ Concluye que el voto mayoritario soslayó disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico vigente. Cita, en ese sentido, articulado de las Leyes provinciales 7403 y 7888. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 2°) Que a fs. 111/114 el Defensor Oficial Penal de la U.D.P. N° 3 formula sus contestaciones en relación con la impugnación intentada y solicita su rechazo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 116 y vta. el Fiscal ante la Corte N° 1 emite su dictamen y, por las razones allí expuestas, entiende que corresponde hacer lugar al recurso articulado. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ A fs. 120/125 la Defensora Oficial de Violencia Familiar y de Género N° 2 hace lo propio y se expide por hacer lugar al planteo. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 3°) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, previo a expedirse sobre los motivos invocados por el recurrente, incumbe a esta Corte efectuar un nuevo control de los

recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad.

\_\_\_\_\_ A ese respecto, se observa que el recurso ha sido presentado en término (v. fs. 63 vta. y 69), por parte legitimada y contra una resolución objetivamente impugnabile. Razones por las cuales, cabe ingresar al examen de la cuestión planteada por el recurrente.

\_\_\_\_\_ 4°) Que el recurso de inconstitucionalidad, previsto en los arts. 554 y cc. del Código Procesal Penal (Ley 7690 y modificatorias) procede en caso de sentencias arbitrarias, en el sentido interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de corregir desaciertos de gravedad extrema que las descalifiquen como pronunciamientos jurisdiccionales válidos.

\_\_\_\_\_ Así, por sentencia arbitraria se entiende aquella que es insostenible o irregular o anómala o carente de fundamentos suficientes para sostenerla o desprovista de todo apoyo legal y fundada sólo en la voluntad de los jueces que la suscriben (cfr. Genaro R. Carrió y Alejandro D. Carrió, "El recurso extraordinario por sentencia arbitraria", 3ra. ed. act., Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, pág. 25).

\_\_\_\_\_ Al respecto, este Tribunal ha señalado que la doctrina de la arbitrariedad es el medio para resguardar las garantías de la defensa en juicio y a un debido proceso, al exigir que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa (Tomo 120:157; 209:191; 211:585, 127; entre muchos otros); en tanto no basta para demostrar la existencia de una situación de inconstitucionalidad, sostener la vulneración de derechos constitucionales si no se prueba su afectación puntual (Tomo 203:655; 208:1083; 211:313; 221:1083, entre otros); por ello resulta esencial que la vía propuesta no constituya la apertura de una tercera instancia donde se intente reproducir el debate ordinario de los hechos considerados anteriormente.

\_\_\_\_\_ 5°) Que la misión del Poder Judicial consiste en asegurar la supremacía de la Constitución y, como eventual consecuencia, invalidar las disposiciones que se encuentren en clara y abierta pugna con ese texto fundamental. Así, el control de constitucionalidad que compete a este Tribunal debe realizarse en un marco de estricta prudencia, por cuanto "la declaración de inconstitucionalidad no ha de efectuarse en términos generales o teóricos, porque se trata de la función más delicada de los jueces" (Tomo 58:1087; 178:163, 208:425 entre otros), configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado como la última "ratio" del orden jurídico (CSJN, Fallos, 302:1149; 303:241, 1708; esta Corte, Tomo 77:627; 191:703, entre otros).

\_\_\_\_\_ 6°) Que desde antiguo se ha sostenido que la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones (CSJN, Fallos, 252:288; 302:232, entre otros), toda vez que es el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución (CSJN, Fallos, 321:1252; esta Corte, Tomo 160:757; 208:425 entre otros), y de ahí que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público (CSJN, Fallos, 155:248; 311:2580, entre otros; esta Corte, Tomo 114:529; 128:479).

\_\_\_\_\_ 7°) Que cabe recordar que el art. 121 de la Constitución

Nacional establece que las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que se han reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (esta Corte, Tomo 130:45; 138:35; 144:1041, entre otros). Por lo tanto, las veintitrés jurisdicciones y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictan sus propias normas procesales que integran su derecho público provincial, sin tener que atenerse o limitarse a las promulgadas en la materia por la Nación Argentina (esta Corte, Tomo 145:523, entre otros).

Como puede apreciarse, cabe remitirse al texto constitucional provincial acudiendo al primer método de interpretación de las leyes, que es el literal (cfr. esta Corte, Tomo 129:759, entre otros).

8°) Que el primer fundamento político del derecho penal argentino es que éste no puede realizarse libremente. Su establecimiento y aplicación se encuentra limitado por determinadas garantías para todos los habitantes de la Nación, que el órgano judicial debe hacer plenamente efectivas en virtud de que son seguridades que la Constitución les reconoce. Las garantías constitucionales penales en un sentido amplio se clasifican en cuatro grandes grupos, a saber: legalidad, reserva (principio de libertad), judicialidad y humanidad. Estas garantías (arts. 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), complementándose armónicamente, le dan al derecho penal argentino las bases necesarias para que en su realización democrática pueda lograr un alto sentido de justicia.

Categoricamente, sobre tan importante presupuesto de justicia, de orden público y tratable de oficio, advertía Ricardo C. Núñez que "Todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución en los casos concretos cuyo conocimiento les corresponde y confrontar si las leyes, reglamentos, decretos o actos de las autoridades guardan o no conformidad con ella, absteniéndose de aplicarlos si encuentran que se les oponen" (cfr. "Derecho Penal Argentino", ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1959, Tomo I, págs. 90/91; esta Corte, Tomo 128:257; 159:983, entre otros).

El Código Procesal Penal o el Civil constituyen una senda disciplinada con el método impuesto por el legislador que forzosamente hay que transitar para culminar en la justicia. El método se cualifica por su razonabilidad, exigida por las Constituciones, los derechos humanos y las leyes como instrumento de prevención contra la arbitrariedad en que puedan incurrir los sujetos procesales, o enmendar errores que surten malignos efectos, y de ser posible, resarcirlos (Víctor René Martínez, "La Reforma del Código Procesal Penal de Salta. Ley N° 7263/03", 1ª ed., Virtudes Ed. Universitaria, Salta, 2004, pág. 11).

9°) Que en ese orden, constituye una exigencia previa emanada de la función jurisdiccional el control, aun de oficio, del desarrollo del proceso cuando están comprometidos aspectos que atañen al orden público, siendo que la eventual existencia de un vicio capaz de provocar una nulidad absoluta y que afecte una garantía constitucional, no podría convalidarse (CSJN, Fallos, 320:854; 329:4248; esta Corte, Tomo 142:37; 178:323, entre otros).

En el mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú", sentencia del 30/05/1999, ha precisado que "todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación

cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzcan efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en éste cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada" (esta Corte, Tomo 164:303; 166:609; 176:781, entre otros).

Como lo tiene dicho con extrema claridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las garantías que en materia criminal asegura y consagra el art. 18 de la Carta Fundamental consisten en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos, 125:10; 127:36; 189:34; 272:188; 308:1557, entre muchos otros).

Sin duda la tensión entre derechos de los individuos -o de la dignidad humana- y Estado -o poder político- se potencia en razón de la persecución penal. Esa actividad estatal amenaza no sólo bienes primarios de todo ser humano -como la vida, la libertad ambulatoria y la integridad física y moral del individuo- absolutamente imprescindibles para pensar en otros derechos cuyo ejercicio garantiza el mismo estatuto fundamental, sino que, además, el procedimiento penal actual sólo es comprensible como una tensión entre el interés individual por el uso y goce pleno de esos bienes, y el interés estatal por reaccionar frente al quebrantamiento, por parte de una persona, de la ley penal del Estado, de las prohibiciones y demás mandatos creados por ese poder político (Julio B.J. Maier, "Derecho procesal penal, Parte general, Sujetos procesales", 1ª ed., 1ª reimp., Editores del Puerto, Bs. As., 2004, Tomo II, pág. 422).

10) Que vinculado al caso traído a consideración, a la luz de los motivos de agravio planteados por el Fiscal de Impugnación, se impone la necesidad de determinar si las declaraciones prestadas por los testigos parientes del imputado -F.G. y D.P.S, abuelo y hermano respectivamente- han sido o no correctamente invalidadas por la Sala IV del Tribunal de Impugnación, de conformidad a la cláusula constitucional y procesal en juego (arts. 20 de la Constitución Provincial y 320 del Código Procesal Penal).

En esa tarea, es menester analizar los dispositivos de aplicación al caso y comenzar su tratamiento con las cláusulas constitucionales, de jerarquía superior a las leyes. Al respecto, el art. 18 de la Constitución Nacional establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo y, en esa línea, la Carta Magna Provincial, en el último párrafo del art. 20 prevé que "En causa criminal nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos, afines hasta el segundo grado, tutores, pupilos o personas de ostensible trato familiar".

Ahora bien, el Código Procesal Penal, en el Capítulo VI "Testigos" prescribe, en relación con los parientes y otras personas cercanas que mantienen vínculo con el imputado, la prohibición de declarar y la facultad de abstenerse de hacerlo

(cfr. arts. 320 y 321), diferenciando las situaciones por la proximidad en el ligamen existente; a su vez establece que toda persona es capaz para testimoniar, independientemente de la valoración que el magistrado realice del acto (art. 319).

Con cierta contundencia, el art. 320 impone la prohibición de declarar, al establecer que "No podrán declarar en contra del imputado, bajo sanción de nulidad, su cónyuge, quien conviva en aparente matrimonio con él, sus ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado".

En ese punto, cabe señalar que la necesidad de mantener la cohesión familiar y de evitar la encrucijada entre destruirla o mentir, es lo que orienta y motiva a la legislación a evitar, absoluta o relativamente, el testimonio del pariente en contra del imputado. En efecto, para algunos códigos procesales la restricción es facultativa, mientras que para otros es absoluta dentro de un restringido núcleo familiar (Jorge A. Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", actualizado por Carlos Alberto Chiara Díaz, Rubinzal-Culzoni, 1998, Tomo II, pág. 315).

Si bien en nuestra provincia la disposición procesal prohíbe a ciertas personas -familiares directos, cónyuge o conviviente- prestar declaración en contra del imputado, la cláusula constitucional prioriza no ser compelido a ello, con franca naturaleza tuitiva de los vínculos cercanos pero desde la óptica de la potestad o libertad de brindar o no el testimonio, sin caer en consecuencias jurídicas perjudiciales para el testigo en razón de ese actuar o decisión, a la luz de los lazos de parentesco o vinculares con el acusado.

11) Que la doctrina se ha ocupado de la cuestión aquí tratada; en esa línea, al analizar la naturaleza jurídica de la exención de los parientes al deber de declarar como testigos, señala que "Esta posición especial implica que de su silencio no podrá derivarse en ningún caso sanción alguna ni consecuencia que les sea perjudicial, si bien, cuando no se acojan a esta exención y decidan deponer, quedarán obligados a decir verdad como cualquier otro testigo y sus declaraciones pasarán a formar parte del material probatorio de la causa, sobre el que carecen de cualquier poder de disposición" ("InDret Revista para el análisis del Derecho" 4/2012, Dra. María Luisa Villamarín López "El derecho de los testigos parientes de no declarar en el proceso penal", Barcelona, octubre de 2012, pág. 15).

A su turno, en un reciente artículo publicado en una revista especializada se examinó la facultad de abstención y la prohibición de declarar de los parientes en contra del imputado desde una doble mirada; por un lado, la relativa a la protección integral de la familia, comprensiva de la necesidad de asegurar la fortaleza de los vínculos sin injerencia estatal arbitraria, de modo tal que los lazos de solidaridad de sus miembros se consoliden; por el otro y como contraparte el relativo al Estado, que se ha comprometido, de conformidad al bloque de convencionalidad, a asegurar la administración de justicia y la tutela en juicio. Es decir que la persecución penal no es sólo una facultad estatal sino que es una garantía de los ciudadanos que se dirige a contar con un aparato judicial que garantice sus derechos. Y, en este contexto, todo proceso penal se encuentra siempre en tensión entre dos puntos opuestos; por un lado, el

Estado de Derecho que debe garantizarle al ciudadano el descubrimiento de la "verdad de lo acontecido en los hechos"; y, por el otro, el ámbito de lo privado donde el ciudadano debe vivir libre de injerencias arbitrarias y gozar de la garantía dirigida a resguardar y consolidar sus lazos familiares (Revista Pensamiento Penal, ISSN 1853-4554, Marzo de 2022, N° 215).

Ahora bien, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba sostuvo que el fundamento de la cláusula constitucional se dirige hacia la protección y defensa de la solidaridad o cohesión familiar del grupo, razón por la cual, cuando uno de sus miembros la destruye no parece que opere dicha cláusula (cfr. Sentencia N° 50, 20/6/2000, Sala Penal, autos "O.M.A., p.s.a. de Violación Calificada etc. Recurso de casación" Expte. O 19/99).

En otras palabras, lo que protege la norma es la estabilidad de la familia, a fin de evitar resquebrajar los vínculos afectivos que unen a sus componentes, sin olvidar que muchas veces ya han sido quebrados como resultado del accionar del imputado.

En efecto, se tiene que la ruptura de esos lazos familiares que la norma tiende a proteger, en un cúmulo de casos se ha producido antes, con la comisión del delito, por lo que la libertad para declarar o no hacerlo debe prevalecer como acto voluntario del sujeto llamado a brindar testimonio.

12) Que además, la disposición procesal que prohíbe deponer como testigo a ciertos sujetos resulta carente de lógica, al punto del absurdo, si se advierte que el propio sistema penal autoriza y faculta al imputado en todo tiempo a declarar y reconocer de forma expresa, en todo o en parte, su participación en el hecho imputado en causa criminal -declaración confesional que nadie discute que pueda prestar- rodeado, por supuesto, de las formalidades y garantías necesarias para su conformación como acto válido; más no podrían testificar los familiares o personas allegadas a él que deseen o se sientan en un deber moral de hacerlo.

13) Que a modo ejemplificativo cabe traer a colación el modelo instaurado en la provincia de Córdoba, por resultar ilustrativo a los fines de analizar la cuestión, en tanto la Carta Magna y la ley procesal de esa localidad se hallan en plena sintonía. Así, la primera -cláusula 40- prevé que "...Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo en causa penal, ni en contra de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano y parientes colaterales hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien conviva en aparente matrimonio...", y el art. 220 del Código Procesal Penal de Córdoba establece que "Podrán abstenerse de testificar en contra el imputado su cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien convive en aparente matrimonio".

Las fórmulas "nadie puede ser obligado a declarar" y "podrán abstenerse de testificar" resultan equilibradas, acordes entre sí, ya que guardan plena armonía y coherencia dentro del sistema procesal penal de la provincia, tal como se advierte de su simple lectura e interpretación.

14) Que disímil es la situación de nuestra provincia, en tanto la Constitución local contiene una cláusula similar a la de Córdoba, no obstante la procesal no guarda compatibilidad con ello, al prever la fórmula "No podrán declarar en contra del imputado". Se patentiza en la primera la amplitud (potestad) que

no se observa en la segunda (prohibición), por lo que corresponde a esta Corte precisar su verdadero sentido y alcance.

15) Que si bien es variada la regulación de la cuestión en las distintas provincias, la tendencia actual es la que ha resultado plasmada a través de la Ley 27063 (Código Procesal Penal de la Nación), con el criterio de abstención opcional a declarar. En ese aspecto, el art. 153 de la mencionada ley prescribe: "podrán abstenerse de declarar el cónyuge o conviviente del imputado, los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, sus tutores, curadores y pupilos. Las personas mencionadas serán informadas sobre su facultad de abstenerse antes de iniciar la declaración. Ellas podrán ejercerla aun durante su declaración, incluso en el momento de responder determinadas preguntas", incorporando el reconocimiento del conviviente y dejando a criterio del legitimado el hacer o no uso de la facultad de abstención (v. Revista Pensamiento Penal, ISSN 1853-4554, Marzo de 2022, N° 215).

Así se mantiene incólume de restricción la garantía constitucional prevista en la Constitución Nacional, al instaurar que "nadie puede ser obligado a declarar" contra los parientes más próximos, sin limitar a quienes -por voluntad propia- decidan testificar, garantizando de esa manera la libertad de autodeterminación y acción de los sujetos intervinientes en el proceso penal.

En definitiva, se trata de poner en conocimiento del sujeto lo previsto por la cláusula constitucional citada, antes de prestar declaración como testigo, en orden a imponerle de su facultad de testimoniar o no en el proceso penal, como un acto voluntario; no obstante, si decide hacerlo deberá prestar juramento y declarar la verdad de lo sucedido y que percibió por sus sentidos.

16) Que ante ello y de conformidad a lo analizado precedentemente, no cabe duda que la cláusula constitucional es la que debe prevalecer en la tarea de compatibilización de normas emprendida en relación a los arts. 18 de la Constitución Nacional y 20 de la Constitución Provincial y el 320 del Código Procesal Penal de Salta, no sólo por tratarse de una disposición de jerarquía superior a la ley procesal sino, más aún, por brindar una solución al caso acorde a los valores supremos republicanos y democráticos del país y en salvaguarda de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías acordados constitucionalmente sin restricciones infundadas (cfr. arts. 28 Carta Magna Nacional y art. 86 de la Constitución Provincial); de esa manera se respetan y equilibran los valores de la libertad y autonomía de la voluntad de los sujetos llamados a declarar en el proceso penal y el interés en el descubrimiento de la verdad de los sucesos revestidos de aparente ilegalidad.

17) Que finalmente, no debe perderse de vista el importante papel que cumple la víctima en el proceso penal actual, cuya postura está siendo reformulada en los últimos tiempos y que ha quedado plasmada en nuestra provincia en una reciente reforma del código procesal en torno a sus derechos e intervención -o de sus representantes legales- en el proceso (Ley 8224, B.O. 14/12/2020); en particular, la incorporación efectuada al inc. e) del art. 1° del Código Procesal Penal, que como regla de interpretación explícita "Toda disposición referente a la víctima se interpretará del modo que mejor convenga a sus intereses y en beneficio de su

efectiva intervención en el procedimiento".

Vinculado a ello, es dable traer a colación las enseñanzas del Dr. José Ignacio Cafferata Nores, que en su obra "Procesal Penal y Constitución", analiza la situación actual de la víctima del delito dentro del proceso penal y sostiene que "la tutela judicial efectiva le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito, quien tiene el derecho, derivado simplemente de su condición de tal, de reclamar al Estado el enjuiciamiento del autor y de lograr la aplicación de las sanciones correspondientes previstas por la ley penal. En suma, en nuestro sistema constitucional iluminado por las interpretaciones de los organismos supranacionales sobre la normativa de derechos humanos incorporada reconoce la noción de 'protección penal' de la víctima".

Se enfoca el jurisconsulto en que, si bien el proceso penal debe permitir que se exprese el interés general en el castigo del delito, en estos tiempos surge una fuerte justificación de la eficacia del sistema penal pensado también "o principalmente" en la víctima concreta del delito; afirma el maestro cordobés que así lo han entendido los órganos supranacionales de protección de los derechos humanos con competencia en nuestra región (vgr. Comisión Interamericana de DDHH y la Corte Interamericana de DDHH), cuando sostienen que la razón principal por la que el Estado debe perseguir eficazmente el delito es la necesidad de dar cumplimiento a su obligación de "garantizar el derecho a la justicia de las víctimas" entendiendo a la persecución penal cuando alguno de los derechos de aquéllos hayan sido violados por un delito, como corolario necesario de la garantía a obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en que se establezca la existencia de la violación de su derecho, se identifique a los responsables y se les impongan las sanciones pertinentes (1ª ed., Córdoba, Advocatus, 2016, Capítulo II, págs. 150 y 168).

18) Que en definitiva, en nuestra provincia la mirada contenida en la disposición constitucional aparece como lógica, objetiva e impregnada de razonabilidad, además de resultar adecuada al contexto en el que se inserta y articula, dado que en múltiples ocasiones no se cuenta con otros testigos o elementos probatorios que contribuyan a dilucidar los hechos delictivos, lo que vulneraría los derechos de la víctima o de sus familiares directos (art. 98 inc. 2 del C.P.P.) a obtener una respuesta estatal que dilucide lo sucedido; y en ese sentido, como se dijo, cabe priorizar la interpretación de las disposiciones procesales de la manera que mejor convenga a los intereses de la víctima del injusto (el art. 1º inc. e del C.P.P.).

En efecto, la fórmula plasmada en el art. 20 de la Constitución local resulta adecuada y suficiente a la hora de ponderar los valores en juego analizados, el respeto de los vínculos estrechos de familia y la libertad de autodeterminación de los sujetos llamados a deponer en el proceso y guarda plena coherencia y armonía con el sistema legal en el que se inserta. Por lo tanto, la disposición procesal que limita la facultad de los sujetos involucrados para emitir declaración en calidad de testigos en un proceso penal máxime que se ventila un supuesto de violencia familiar, debe reputarse violatoria de las Cartas Magnas Provincial y Nacional, por lo que corresponde declararse, en consecuencia, la inconstitucionalidad de su aplicación en autos.



\_\_\_\_\_ 19) Que en síntesis y por todo lo expuesto, cabe declarar la inconstitucionalidad del art. 320 del Código Procesal Penal y su inaplicabilidad a los presentes autos, acoger el recurso interpuesto a fs. 64/69, y, en su mérito, revocar la resolución de la Sala IV del Tribunal de Impugnación (fs. 49/53 vta.), confirmando la resolución de la Vocalía N° 1 de la Sala VII del Tribunal de Juicio (fs. 23/24 vta.).

\_\_\_\_\_ Los Dres. **Sergio Fabián Vittar** y **Ernesto R. Samsón**, dijeron:  
\_\_\_\_\_ Adherimos a la solución jurídica propuesta en el voto de la Dra. Adriana Rodríguez Faraldo, por los siguientes fundamentos. \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_ 1°) Que Ricardo C. Núñez enseña que "Nuestro Derecho penal no puede realizarse libremente, sino que su establecimiento y su aplicación están limitados por ciertas garantías para los habitantes de la Nación, las que por tener carácter constitucional, no pueden ser desconocidas por los poderes de gobierno del Estado. La Constitución de 1853 establece entre las 'Declaraciones, Derechos y Garantías', algunas garantías tendientes a regular el ejercicio de la facultad represiva del Estado. La efectividad de esas garantías, que son seguridades que la Constitución les da a los habitantes del país, está a cargo del Poder Judicial por la vía de la declaración de inconstitucionalidad de toda ley, reglamento, decreto o acto de las autoridades que los desconozcan. Todos los jueces, de cualquier jerarquía y fuero, pueden interpretar y aplicar la Constitución en los casos concretos cuyo conocimiento les corresponde y confrontar si las leyes, reglamentos, decretos o actos de las autoridades guardan o no conformidad con ella, absteniéndose de aplicarlos si encuentran que se les oponen", y agrega que "...tratándose de materia penal, que está al margen de los intereses puramente individuales y corresponde a la esfera del interés público, los tribunales pueden, en los casos sometidos a su conocimiento, examinar por propia iniciativa la constitucionalidad de las normas en cuestión y negar la aplicación de las que consideren inconstitucionales" ("Tratado de Derecho Penal, Parte General", Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1976, Tomo I, págs. 90 y 91).

\_\_\_\_\_ En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha evaluado las directivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos emergente del caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (sentencia del 26/09/2006, Serie C, N° 154, parágrafo 124) -según las cuales si bien los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico, cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no sean mermados por aplicación de las leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efecto jurídico- y concluyó que el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos (cfr. Fallos, 330:3248).

\_\_\_\_\_ Asimismo, según inveterada doctrina de esa Corte, la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe

ser considerado como última ratio del orden jurídico (Fallos, 260:153; 307:531; 314:424; 328:91; 331:1123, entre muchos otros). Por consiguiente, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse a favor de la validez de las normas, y cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos, 324:3219; 344:3458).

Además, para atender a esos estándares, es preciso no desconocer el amplio margen que la política criminal le ofrece al legislador para establecer las consecuencias jurídicas que estime convenientes para cada caso (Fallos, 311:1451, considerando 9°), en virtud del cual solo la repugnancia manifiesta e indubitable con la cláusula constitucional permitiría sostener que aquel excedió el marco de su competencia (Fallos, 324:3219, considerando 10 y su cita).

Sin embargo, es menester tener presente que el mérito, conveniencia o acierto de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse (Fallos, 324:3345; 328:91; 329:4032). En ese sentido, se ha dicho que, por más amplias que sean las facultades judiciales en orden a interpretar y aplicar el derecho, "...el principio constitucional de separación de poderes no consiente a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto..." (Fallos, 241:121; 342:1376). Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario, habilitan la intervención de los jueces (Fallos, 313:410; 318:1256; 329:385, entre muchos otros).

2°) Que para ingresar al análisis de la cuestión aquí planteada, resulta necesario recordar que el art. 18 de la Constitución Nacional establece que "Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo...", garantía que también fue receptada en nuestra Carta Magna Provincial, en el art. 20, extendiéndola a "...sus ascendientes, descendientes, cónyuge, hermano, afines hasta segundo grado, tutores, pupilos o personas de ostensible trato familiar".

Germán J. Bidart Campos señala que la inmunidad que acuerda el aludido art. 18 "ha de interpretarse como proscripción de todo método y de toda técnica que, antes o durante el proceso y ante cualquier autoridad tiende a obtener por coacción física, psíquica o moral, una declaración o confesión, o a indagar su conciencia a través de drogas o procedimientos científicos de cualquier tipo" ("Manual de la Constitución Reformada", 5ta reimpres., Ediar, Buenos Aires, 2005, Tomo II, § 90, pág. 324). Se trata de una garantía facultativa, por cuanto el impedimento está dirigido a la imposición forzosa de manifestarse o declarar en causa propia, o testificar en una causa penal, mas nada impide que la persona lo haga en forma voluntaria, previa puesta en conocimiento del derecho a negarse a declarar (conf. CSJN, Fallos, 311:340).

Sobre el particular, Julio B.J. Maier refiere que "la averiguación de la verdad, como base para la administración de justicia penal, constituye una meta general del procedimiento, pero ella cede, hasta tolerar la eventual ineficiencia del

procedimiento para alcanzarla, frente a ciertos resguardos para la seguridad individual que impiden arribar a la verdad por algunos caminos posibles, reñidos con el concepto de Estado de Derecho" ("Derecho Procesal Penal"; 2da ed., Editores del Puerto., Buenos Aires, 1999; Tomo I, págs. 666 y ss.). Entre tales garantías, el autor cita a la facultad del imputado de abstenerse de declarar, y si lo hace, debe ser voluntaria y libre; y aclara que "solo la declaración del imputado, obtenida por un procedimiento respetuoso de estas reglas, puede ser valorada ampliamente por los jueces para fundar sus juicios o decisiones sobre la reconstrucción del comportamiento atribuido, objeto del proceso, si a la vez respeta las demás reglas de garantía que rigen (asistencia técnica, declaración judicial, conocimiento previo de la imputación" (ob.cit, pág. 667).

En la misma línea se enrola el art. 413 del Código Procesal Penal al establecer las prohibiciones respecto a la declaración del imputado, como así también las solemnidades exigidas para que aquella sea introducida válidamente en el procedimiento abreviado inicial (art. 422) y en el juicio abreviado (art. 511).

3°) Que la facultad de abstención de ciertos parientes por consanguinidad o afinidad tiene como fundamento "la necesidad de mantener la cohesión familiar y de evitar la encrucijada entre destruirla o mentir, orienta a la legislación a evitar, absoluta o relativamente, el testimonio del pariente en contra del imputado" (Jorge A. Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal", actual. por Carlos Alberto Chiara Díaz, Ribinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, Tomo II, § 581, pág. 315); "La restricción tiene por fundamento la protección de la cohesión familiar, que podría verse afectada si alguno de los parientes del imputado, en los grados mencionados, se viera en el imperativo de declarar en contra de éste. Ante aquél interés, cede el del descubrimiento de la verdad" (José I. Cafferata Nores, "La Prueba en el proceso penal", 5ta ed., Depalma, Buenos Aires, 2003, pág. 103).

4°) Que si bien el texto constitucional provincial (art. 20) ha adoptado, respecto a los parientes, la facultad de atestiguar o de abstenerse, la ley procesal avanzó prohibiéndola en forma absoluta. Bajo el título "Prohibición de declarar", el art. 320 del Código Procesal Penal dispone que "No podrán declarar en contra del imputado, bajo sanción de nulidad, su cónyuge, quien conviva en aparente matrimonio con él, sus ascendientes, descendientes o hermanos, a menos que el delito aparezca ejecutado en perjuicio del testigo o de un pariente suyo de grado igual o más próximo al que lo liga con el imputado".

Aunque la norma admite una excepción -cuando el delito fue ejecutado en perjuicio del pariente de grado más próximo que el imputado- la prohibición contraviene, además de la manda constitucional, su propia razón. En efecto, si lo que se pretende es de "evitar la encrucijada entre destruir la cohesión familiar o mentir cometiendo el delito de falso testimonio" (conf. Francisco J. D'Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", 8va ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2009, comentario al art. 241, pág. 441), la solución al conflicto moral o jurídico debe ser decidida por el propio beneficiario (testigo), quien deberá hacer la consideración en el caso concreto.

Por lo demás, si un imputado -en forma libre y voluntaria- puede declarar válidamente en su contra, reconociendo el hecho, nada impide que el testigo pariente lo haga -bajo las mismas

formalidades- en contra de aquél, sin perjuicio de la valoración probatoria que, en definitiva, haga el juez (conf. art. 319 del C.P.P.).

5°) Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente "Vazquez Ferrá" (Fallos, 326:3758, sent. del 30/09/2003) entendió la fuente del amparo legal, en la dirección señalada. Así, sostuvo que "...El derecho a negarse a declarar tiene claro fundamento en la necesidad de colocar al testigo en la angustiante alternativa de suministrar al Estado los medios de punir a aquellos con quienes tiene lazos afectivos o de mentir contrariando un juramento" (consid. 10 del voto de la mayoría). En el voto concurrente de los jueces Petracchi y Moliné O'Connor, al que se adhirió el Dr. Fayt, se sostuvo que "el derecho de los testigos de no declarar en contra del círculo de parientes más próximo no tiene rango constitucional expreso en nuestro país. Sin embargo, difícilmente pueda aparecer como una disposición procesal más o menos contingente. Un repaso de los textos constitucionales provinciales demuestra que se trata de un derecho con el suficiente arraigo como para haber sido considerado entrañablemente unido a la garantía de incoercibilidad del imputado: nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni contra los parientes más próximos" (consid. 20); y agregan que "el derecho de negarse a declarar le ahorra al testigo la carga anímica que puede representar el prestar un testimonio de cargo, y de este modo, al mismo tiempo, también la tentación de solucionar la situación de conflicto mediante una declaración falsa. Al mismo tiempo, se protege el interés en la existencia de relaciones de confianza dentro de la familia, y se respeta la necesidad del hombre de confiar en sus parientes más próximos, sin tener que temer que de este modo se le estén proporcionando al Estado medios de prueba" (consid. 21).

6°) Que en las condiciones expuestas resulta necesario efectuar un delicado ejercicio de hermenéutica constitucional, por lo que deviene aplicable la inveterada jurisprudencia de la Corte Federal según la cual los derechos que emanan de las cláusulas constitucionales han de conciliarse con los deberes que imponen otras, de manera que no se pongan en pugna sus disposiciones y se logre darles aquel sentido que las concilie y deje a todas con valor y efectos (Fallos, 1:297; 277:213; 279:128; 296:372; 319:3241, entre muchos otros).

Desde esa perspectiva, la prohibición establecida por la ley adjetiva surge como contraria a la garantía constitucional aludida (art. 20 de la Carta Magna Provincial), por lo que corresponde su tacha por inconstitucional; atribución que le compete a este Tribunal como garante constitucional e intérprete final -en el ámbito provincial- de las constituciones de la Nación y de la Provincia (cfr. art. 153, ap. I, "in fine" de la Constitución Provincial.; esta Corte, S-II Tomo 1:961; 2:923, entre otros).

Ello así toda vez que "Los principios, declaraciones, derechos y garantías contenidos en ella no pueden ser alterados por disposición alguna" (art. 16 de la Constitución Provincial) y que la reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable; esto es, "justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido, y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos

individuales con el de la sociedad" (CSJN, Fallos, 312:496, consid. 7° y sus citas).

Al respecto, cabe recordar que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, "la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios" (CSJN, Fallos, 254:320, consid. 13). Asimismo, tampoco es posible olvidar que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado "el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio", ya que aquel no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia. De manera, pues, que el deber de dejar establecida la verdad jurídica objetiva, en materia de enjuiciamiento penal, sólo autoriza a prescindir, por ilícita, de una prueba cuando ella, en sí misma, haya sido obtenida a través de medios inconstitucionales o ilegales (Fallos, 313:1305, consid. 14).

El Dr. **Guillermo Alberto Catalano**, dijo:

Adhiero a los considerandos 1°) al 4°) del voto que abre el presente acuerdo, pero discrepo con la solución jurídica a la que se arriba por los siguientes motivos.

1°) Que se advierte que la cuestión traída a conocimiento se circunscribe a determinar si las declaraciones testimoniales de F.G. y D.P.S, a la sazón, abuelo y hermano respectivamente del imputado, G.O.S, han sido o no correctamente nulificadas por la instancia de grado. Ello, teniendo en consideración el contexto de violencia familiar y de género en que el hecho intimado habría ocurrido.

2°) Que así delimitada la cuestión a resolver, se impone la necesidad de efectuar algunas consideraciones.

Corresponde acudir a la hermenéutica y a sus métodos corrientes para dilucidar y buscar el sentido y alcance, en justificada armonía, de la prohibición de declarar y la facultad de abstención, las que deben ser interpretadas de modo conjunto con el último párrafo del art. 20 de la Constitución Provincial (conf. Medina, Miguel Antonio, "Código Procesal Penal, Comentado, Anotado y Concordado", Ed. Bibliotex, San Miguel de Tucumán, 2016, pág.582)

En orden al rango que revisten las limitaciones se presentan en distintas exégesis. La Constitución establece que nadie puede ser obligado a declarar. Por su parte, como toda prohibición, el art. 320 del Código Procesal Penal dispone que no podrán declarar, en cambio el artículo siguiente estatuye que resulta facultativo, podrán abstenerse (art. 321 del C.P.P.).

Entonces, el carácter absoluto de la prohibición de declarar no ofrece alternativa ni salvedades, como sí claramente se prevé en la facultad de abstención. En esos términos, deviene como imprescindible buscar la vinculación más adecuada entre la norma constitucional y los institutos en cuestión. Como partida, la Carta Magna Provincial reproduce de algún modo las previsiones de la Nacional, art. 18 valuarde insoslayable de inviolabilidad de la defensa de juicio, razón por la cual se encuentra estrechamente vinculada a la limitación del art. 20 de la Constitución Provincial con la prohibición de declarar de la ley procesal.

Efectuada esta conclusión al texto del art. 320 del C.P.P. corresponde añadir a las personas de ostensible trato familiar que no están indicadas, pero si integran ese escaso grupo de personas que podríamos delimitar dentro de un concepto amplio de familia.

Abundando en el tema, no observamos similitud con la

facultad de abstención y la prohibición de declarar de la cláusula constitucional, dado que no está en el gobierno de quien presta la declaración la decisión de declarar o no, circunstancia que de ocurrir será a través de la advertencia en forma legal que realice quien toma la declaración, de lo cual se dejará debida constancia en actas.

3°) Que en ese orden, cabe recordar que la mayoría de los códigos de nuestro país prevén, respecto de determinadas personas, verdaderos supuestos de prohibición de declarar contra el imputado en razón del vínculo que los une. Se establece así, en palabras de Eduardo Jauchen, una suerte de incapacidad jurídica parcial pues esas personas poseen cierta ineptitud jurídica para declarar sobre aquellos aspectos o circunstancias que de algún modo perjudiquen penalmente al acusado.

Esa imposibilidad de declarar es, entonces, consecuencia de una expresa previsión prohibitiva de la ley, abstracta y para cualquier proceso en general en que se presente esa relación vincular sin que el fiscal -en la etapa de investigación- o el juez o tribunal -en la etapa de juicio- tenga la facultad de hacer lo contrario. De esta manera, el principio de la libertad de la prueba y de la sana crítica racional encuentra su límite en la incapacidad jurídica del testigo prevista por la ley (cfr. Eduardo Jauchen, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2013, pág. 781).

Por lo tanto y a riesgo de ser reiterativo, no pueden declarar contra el imputado, bajo sanción de nulidad, su cónyuge quien convive en aparente matrimonio con él, sus parientes en línea recta y sus hermanos, salvo que el delito sea cometido contra ellos u otro de grado igual o más próximo al que los une con el imputado.

4°) Que en esos términos, la consecuencia jurídica que se deriva de la infracción a la norma que establece la prohibición de declarar -en la medida en que no se presente la situación de excepción- (art. 320 del C.P.P.), es la nulidad; sanción procesal que, en este caso, se califica como absoluta pues vulnera una norma derivada de un imperativo constitucional como lo es la defensa en juicio, prevista expresamente en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 20 de la Provincial y en los tratados internacionales de esa raigambre (cfr. Arocena Gustavo A., Balcarce Fabián I., Césano José D., "Prueba en Materia Penal", Astrea, Buenos Aires, 2016, págs. 269/270).

5°) Que no obstante lo expuesto, los testimonios declarados nulos no inciden ni afectan el normal desenvolvimiento del curso del proceso y tampoco alcanzan a otros actos cumplidos ni, menos aún, a las pruebas a producirse en el debate. Ergo, configura una cuestión estrictamente intermedia y procesal que en nada direcciona el resultado del juicio y de la presente causa.

6°) Que por las razones apuntadas, el pronunciamiento dictado por la mayoría de la Sala IV del Tribunal de Impugnación cuenta con fundamentos fácticos y jurídicos suficientes que excluyen la tacha de arbitrariedad invocada, sin que las divergencias del recurrente tengan entidad para demostrar lesión alguna de carácter constitucional (CSJN, Fallos, 322:792; 323:629).

7°) Que sin perjuicio de ello, no puede soslayarse la naturaleza y gravedad del hecho intimado y el contexto de violencia de género en el que éste habría acontecido. En razón de

ello y a fin de obtener una pronta respuesta jurisdiccional, el Tribunal de Juicio deberá arbitrar los medios necesarios para celebrar la audiencia de debate en tiempo oportuno, evitándose dilaciones innecesarias e impartiendo al trámite de estos obrados la mayor celeridad posible.

8°) Que en mérito a lo aquí dispuesto, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad intentado y recomendar al Tribunal de Juicio interviniente la celebración del plenario con la urgencia que el caso requiere.

Por lo que resulta de la votación que antecede,

**LA SALA II DE LA CORTE DE JUSTICIA,**

**RESUELVE:**

I. **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 320 del Código Procesal Penal y su inaplicabilidad en el presente caso.

II. **HACER LUGAR** al recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 64/69, en su mérito **revocar** la sentencia de la Sala IV del Tribunal de Impugnación de fs. 49/53 vta. y **confirmar** la resolución de la Vocalía N° 1 de la Sala VII del Tribunal de Juicio del Distrito Judicial del Centro, de fs. 23/24 vta.

III. **MANDAR** que se registre y notifique.

(Fdo.: Dra. Adriana Rodríguez Faraldo, Dres. Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Guillermo Alberto Catalano -Jueza y Jueces de Corte, Sala II-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf -Secretaria de Corte de Actuación-).