

Facultad de abstención a declarar en el proceso penal

Análisis del artículo 220 del Código Procesal Penal de Córdoba en relación con el Código Civil y Comercial de la Nación.

María Paula Conci - Luciana Josefina Salazar Pussetto¹

SUMARIO: I- Introducción; II.- Familia y su protección, III.- Proceso Penal: Facultad de abstención; IV.- Reflexión Final; V.- Referencias Bibliográficas

RESUMEN: El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba establece un número cerrado de personas que poseen la facultad de abstenerse a declarar en el proceso penal, excluyendo nuevos vínculos de cohesión familiar que surgieron a raíz de las transformaciones en los modelos de familia.

PALABRAS CLAVE: Nuevas modalidades de familia - Protección constitucional. Cohesión Familiar - Facultad de abstención (Art. 220 C.P.P.C) - Número Cerrado (Numero Clausus).

I.- Introducción

Las sociedades se encuentran en constante cambio, por lo cual el derecho y sus normas deben adecuarse para reglar correctamente las relaciones

¹ Autoras: María Paula Conci, Abogada, Especialista en Derecho Penal Económico, Escribana, actualmente se desempeña en Fiscalía Penal en la ciudad de Córdoba; Luciana Josefina Salazar Pussetto, Abogada, Especialista en Derecho Penal, actualmente se desempeña en Ministerio Publico Fiscal en la ciudad de Córdoba..

interpersonales. Estos cambios se ven reflejados, entre otros aspectos, en la conformación de grupos familiares, principalmente en el último siglo en que devinieron en nuevas formas de relaciones.

El Código Civil y Comercial de la Nación Argentina² contempla estas modificaciones, pero esta realidad plasmada en el derecho privado no ha sido aún receptada por el derecho público. Puntualmente, el derecho penal y procesal penal, han quedado desactualizados en lo que respecta a las nuevas modalidades y realidades de familia.

La tendencia actual se orienta a lograr soluciones alternativas a los conflictos, y puntualmente en derecho penal, esas alternativas ponen en escenario a la víctima, quien debe ser a todas voces escuchada; muchas veces en perjuicio del descubrimiento de la verdad de lo acontecido en los hechos.

Dado que siempre será necesario recolectar evidencia para fundar las decisiones que se tomen dentro del proceso penal, se prevé como principio la libertad probatoria, que implica que los hechos delictivos ocurridos se puedan probar por cualquier medio. Este principio de libertad de prueba cede en particulares ocasiones, una de ellas es la cohesión familiar. La cohesión familiar es el vínculo emocional y afectivo que los miembros de las familias tienen entre sí.

En Córdoba, la Constitución Provincial, a través de su artículo 40 establece que *“ninguna persona puede verse obligada a declarar en contra de su cónyuge, ascendiente, descendiente, hermano y parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor o pupilo, o persona con quien conviva en aparente matrimonio”*.

El Código Procesal Penal de Córdoba reglamenta esta disposición constitucional como una facultad de abstención y prevé la nulidad del testimonio si se hubiere omitido anunciar al testigo sobre esta posibilidad de no declarar³.

La facultad mencionada, sólo le es conferida a las personas cuya relación con el imputado está estrictamente contemplada en los artículos mencionados (arts. 40 Cn. Pcial. y 220 del C.P.P.Cba). Con esta redacción, la norma constitucional y la

² Ley n° 26994: Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Sancionada el día 01/10/2014.

³ Art. 220 del C.P.P.C: “Facultad de abstención. Podrán abstenerse de testificar en contra del imputado su cónyuge, ascendiente, descendientes 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”.

procesal penal de la provincia de Córdoba han contemplado un número cerrado de opciones, entre las que incluyen el vínculo parental, matrimonial y legal (tutor o pupilo).

En la actualidad, el modelo tradicional de familia va perdiendo terreno ante las denominadas familias ensambladas, es decir aquellas donde predominan las separaciones, los divorcios, los concubinatos o parejas que viven en aparente matrimonio. Todas estas realidades, aunque parecen exclusivas del fuero de familia, repercuten en el derecho procesal penal, principalmente en lo referido a la cohesión familiar y a la facultad de abstención antes mencionada.

En este marco, surgen las siguientes preguntas: ¿son suficientes los casos prescritos en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, para proteger de modo integral la cohesión familiar? ¿Siguen siendo estos los casos que sostienen la garantía constitucional para proteger la cohesión familiar? ¿Se han ampliado? ¿Se han restringido?

II.- Familia y su protección

La familia es considerada un elemento natural y fundamental de la sociedad, y por ello debe ser protegida por el Estado⁴.

Lo que se ha entendido a través del tiempo respecto a la acepción de familia ha mutado por diversos factores: religiosos, sociales, culturales, entre otros. Esto puede ser el motivo por el cual no se encuentre en nuestro ordenamiento jurídico una definición y se ha otorgado a la doctrina la tarea de conceptualarla, pues la dificultad de definirla revela de inmediato el contenido relativo de la misma, su flexibilidad y los continuos cambios que se generan.

A pesar de ello, se ha reconocido a la familia como una institución basal de la sociedad y se han creado mecanismos para su protección desde la carta magna nacional, provincial y a través de la ratificación de pactos internacionales.

⁴ Según lo prescribe el art. 34 de la Constitución de la provincia de Córdoba: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad y debe gozar de condiciones sociales, económicas y culturales, que propendan a su afianzamiento y desarrollo integral. El Estado protege y facilita su constitución y fines. El cuidado y la educación de los hijos es un derecho y una obligación de los padres; el Estado se compromete en su cumplimiento. Se reconoce el derecho al bien de familia”.

La protección integral de la familia comprende asegurar la fortaleza de los vínculos sin injerencia estatal arbitraria, de modo que los lazos de solidaridad de sus miembros se consoliden.

Por otra parte, el Estado se ha comprometido, en virtud del mismo bloque de convencionalidad mencionado, a asegurar la administración de justicia y la tutela en juicio. Es decir que la persecución penal no es sólo una facultad del Estado sino que es una garantía de los ciudadanos a contar con un aparato judicial que garantice sus derechos.

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 para lo cual debe gozar de la garantía de resguardar y consolidar sus lazos familiares.

Es decir, la investigación sobre la comisión de un delito es tanto un derecho de los ciudadanos como un deber del Estado, siempre en el marco de límites constitucionales y del respeto por los demás derechos tutelados, por lo cual se requiere una interpretación armónica. En tal sentido, se sostiene que no es posible arribar a la verdad por cualquier camino, sino que algunos se encuentran enfrentados con el Estado de Derecho (Maier, 1999; pág. 668).

En este contexto: *“una investigación judicial penal contiene siempre una pulsión de dos fuerzas opuestas cuyo punto de equilibrio se encuentra en constante definición, entre el ámbito de privacidad que le garantiza el Estado de Derecho al ciudadano y la meta de indagar sobre lo sucedido, que nunca puede ser cumplida a costa de la dignidad humana”* (Maier, 1999; pág. 668).

Es en el marco de esta pugna que se enmarca la discusión propuesta, ya que la protección a la cohesión familiar se circunscribe como un límite a la libertad probatoria que dispone el derecho procesal penal para el descubrimiento de la verdad histórica.

Si bien la doctrina ha analizado la prueba testimonial en materia penal, el proceso y la cohesión familiar -abordados estos temas de manera independiente-, el problema puntualmente propuesto no ha sido objeto de estudios pormenorizados. Es decir que no se han discutido en jurisprudencia o doctrina si resultan suficientes

los casos prescriptos en la facultad de abstención ante los nuevos vínculos familiares.

III.- Proceso Penal: Facultad de abstención

Como se ha mencionado, no existen estudios específicos sobre esta temática; sin embargo, los diversos enfoques que se han realizado a nivel normativo doctrinario y jurisprudencial, ponen de manifiesto el interés en la protección de la cohesión familiar.

Así, la protección integral de la familia se encuentra regulada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional⁵, en el art. 11.2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos⁶, y en el art. 34 de la Constitución de la provincia de Córdoba⁷.

En materia procesal penal, la protección integral se traduce en una decisión del legislador de no imponer la carga de declarar en contra de un familiar (art. 220 del C.P.P.C). Es decir que, se contempla el dilema moral al que se puede enfrentar un testigo que debe elegir entre mantener el vínculo familiar o mentir a pesar de encontrarse bajo juramento.

A nivel nacional, la regulación que se ha elaborado a raíz de la cohesión familiar es variada, según se detalla a continuación.

En algunos casos se ha optado por una prohibición absoluta para determinados vínculos⁸. El Código Procesal Penal de la Nación⁹ prevé en su Art. 242 lo siguiente: *“No podrán testificar en contra del imputado, bajo pena de nulidad, su cónyuge, 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 que el que lo liga con el*

⁵ “El art. 14 bis reconoce la familia como sujeto a proteger” en GELLI, María Angélica, Constitución de la República Argentina, comentada y concordada. Tercera Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006, pág. 174.

⁶ Convención Americana de Derechos Humanos, art. 11: “Protección de la honra y de la dignidad (...) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.

⁷ El art. 34 de la Constitución de la provincia de Córdoba (previamente mencionado).

⁸ Así lo establecieron los Códigos Procesales de las provincias de Buenos Aires, Misiones, San Luis, Chaco, Entre Ríos, Catamarca y La Pampa.

⁹ Ley 23984: Código Procesal Penal de la Nación, Sancionada: 21 de agosto de 1991. Promulgada: 4 de setiembre de 1991 (vigente en la actualidad).

imputado”, lo que determina una postura de prohibición para los vínculos sanguíneos y maritales.

Esta prohibición absoluta puede carecer de sentido en determinados supuestos, ya que por distintas circunstancias la cohesión familiar que se intenta proteger es inexistente (ej. cónyuges separados de hecho, o bien hermanos de sangre sin vínculo afectivo alguno). La misma normativa dispone la facultad de abstenerse a testificar- opcional- contra el imputado cuando se trate de sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; sus tutores, curadores y pupilos (art. 243 CPP de la Nación), es decir es facultativo declarar cuando se trata de parientes a los que se suele denominar políticos.

Se entiende que el criterio de la Ley n°. 23984 es el de presuponer, que la cohesión familiar nace de manera “obligatoria” con determinados vínculos y de manera “facultativa” con otros; criterio que ha quedado- a nuestro entender- desactualizado.

La tendencia en el resto de las provincias¹⁰ se ha plasmado a través de la Ley N° 27063¹¹, y es el criterio de abstención opcional a declarar. El artículo 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*”, incorporando el reconocimiento del conviviente, y dejando a criterio del legitimado de hacer o no uso de la facultad de abstención. Sin embargo, como se advierte en este artículo incluso el reconocimiento del conviviente resulta insuficiente.

En Córdoba - como ya se ha indicado- se le hace conocer la facultad optativa de no declarar, aunque como se ha mencionado los casos prescriptos no contemplan la totalidad de los vínculos y quedan algunos excluidos. El fundamento de la facultad de abstención se origina en la necesidad de protección sólo en los vínculos tipificados a modo de número cerrado de opciones.

Como se ha expuesto, lo que se pretende es evitar injerencias abusivas en la vida familiar, incluso por la actividad del Estado.

¹⁰ Código Procesal Penal de Chubut, Santa Fe, Rio Negro, Córdoba, entre otros.

¹¹ Ley 27063: Código Procesal Penal de la Nación, Sancionada: 04 de diciembre de 2014.Promulgada: 09 de diciembre de 2014(con vigencia suspendida en la actualidad).

Igual sentido se plasmó en el antecedente jurisprudencial “Juri” donde el Tribunal Superior de Justicia de la provincia reconoció que: “(...) *al fundamento constitucional del Art. 40 de la Constitución Provincial, que establece que nadie está obligado a declarar contra sí mismo, ni contra sus parientes más próximos, descansa en la solidaridad o cohesión familiar del grupo(...)*”¹².

Del precedente mencionado, surge que la cohesión familiar debería contemplar los “parientes más próximos”, a pesar de que -como ya se hizo referencia- la normativa procesal existente sólo establece un número limitado de personas y obliga a algunos vínculos (vg. hijo de la concubina) a cumplir con el deber de declarar bajo juramento de decir la verdad sobre lo que conoce de los hechos, ya que si se negaren a hacerlo “(...) *se dispondrá su arresto hasta por dos días, al término de los cuales, si persiste la negativa se iniciará contra él causa criminal*”¹³.

Incluso, si de la declaración realizada se pudiera presumir la existencia de un falso testimonio, se iniciará de oficio un proceso penal en su contra, sin perjuicio de ordenar la inmediata detención (art. 230, 379 y 401 CPPC). El dilema moral que se plantea no es solo una cuestión sentimental o abstracta sino, que genera perjuicios penales directos: puede consolidar o contribuir en una acusación contra una persona unida por lazos familiares o bien, puede generar una causa independiente en contra del declarante por falso testimonio.

Un claro ejemplo se presenta ante la presencia de uniones convivenciales, ya que está obligado a declarar contra el concubino/a de la madre/padre del testigo y contra los parientes consanguíneos y por afinidad de aquellos, ¿acaso no existe entre ellos cohesión familiar que el derecho debiera proteger?

El derecho privado ya ha avanzado en lo que respecta al reconocimiento de figuras que hacen a las nuevas formas de familia. Se puede mencionar la regulación de la figura del progenitor afín, a quien se le otorgan obligaciones y derechos, y se le reconoce lazo afectivo. En la órbita penal tanto este el progenitor como el niño estarían obligados a declarar con los perjuicios evidentes que esto generaría.

¹² Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “JURI”, Sentencia n.º. 85 de fecha 03/10/2002.

¹³ Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Penal, “JURI”, Sentencia n.º. 85 de fecha 03/10/2002.

IV.- Reflexión Final

Surge entonces la necesidad de plantear un nuevo paradigma referido a la extensión de la facultad de abstención a declarar en contra de un imputado, debido a la existencia de nuevas relaciones de familia (algunas incluso reconocidas en derecho privado¹⁴).

Si la facultad de abstención no es aplicada en su justa medida, se descuida un vínculo existente o bien se protege un vínculo familiar inexistente; en ambos casos se atenta contra la cohesión familiar y la persecución penal. Es decir, en los casos en que realmente existe la cohesión familiar, corresponde al proceso penal ceder, mientras que donde no existe, no hay motivo para dejar de lado el descubrimiento de la verdad.

Obligar a declarar bajo juramento a una persona que tiene un vínculo afectivo con el imputado, podría implicar poner a esta persona en una situación de elegir entre “mentir” para proteger a quien considera familia – incurriendo en delito de falso testimonio- o bien “traicionar” a su familia para contribuir con un proceso penal.

En ese marco, el derecho procesal penal debe adoptar una interpretación de la norma que permita dar contenido real a la cohesión familiar contemplada como garantía en nuestra constitución, de lo contrario, la garantía se tornaría abstracta.

V.- Referencias bibliográficas

- BINDER, Alberto, Análisis político criminal, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina, 2011.
- CAFFERATA NORES, José y TARDITTI, Aida, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba. Tomo I y II. Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2003.
- CAFFERATA NORES, José (compilador) Proceso Penal: nuevos estándares y controversias, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2010
- CLEMENTE, José Luis, Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1998.

¹⁴ Ley 26994- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, fecha de sanción 01/10/2014.

- DIAS DOS SANTOS, Ilison, “En busca de la justicia restaurativa. Un cambio de paradigma en el Derecho Penal de Garantías”. Editorial IB de F, Montevideo- Buenos Aires, 2018.
- GELLI, María Angélica, Constitución de la República Argentina, comentada y concordada. Tercera Edición, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- GOZAÍNI, Osvaldo, “El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2017.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano y OTROS. Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2015.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano y OTROS. Comentarios a la reforma del Código Procesal Penal, Ley 10457, Editorial Advocatus, Córdoba, Argentina, 2017
- MAIER, Julio B.; “Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos”; Editores del Puerto, 2º edición, Buenos Aires, Argentina, 1999.
- LLOVERAS, Nora (coordinadora). Manual del derecho de las familias. Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2016.
- TUEROS CARDENAS, Rosa Victoria, “Cohesión y adaptabilidad familiar y su relación con el rendimiento académico”, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2004, Perú, consultado en: cybertesis.unmsm.edu.pe, fecha de consulta 28/11/2017.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo. Derecho Procesal Penal. Tomo II. Editorial Lerner, Córdoba, Argentina, 1986.
- VIVAS USSHER, Gustavo. Manual de derecho procesal penal. Editorial Alveroni, Córdoba, Argentina, 1999.