

La Incomunicación en el Proceso Penal

Por, Mariano Parodi¹

En numerosos procedimientos penales, en las que se dispone la privación de libertad de un imputado, suele disponerse de forma “discrecional” en conjunto con la aprehensión o detención la llamada “incomunicación” que recae sobre la persona investigada, resultando en varias oportunidades “arbitraria” desnaturalizándose por acción u omisión su aplicación.

De esta forma se asegura en la persona imputada, que no solamente la privación de su cuerpo se encuentre sujeto a la voluntad estatal sino también la posibilidad de que pueda exteriorizar la privación que lo aqueja e impedido de poner en conocimiento a la autoridad competente la revisión de su situación procesal durante el lapso de tiempo en que le es impuesta.-

Dentro de las derivaciones de la genérica garantía de defensa en juicio, entre ellas el derecho a ser oído art.18 de la Constitución Nacional “*es inviolable la defensa en juicio*” como también en la Convención Americana de Derechos Humanos en el art.8. “*Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías*”, como también el art. 14.1 “*Toda persona tiene derecho a ser oída*”.-

En este sentido el rango constitucional de la *comunicación del imputado* debe interpretarse de forma amplia, de lo contrario se vería impedida su posibilidad de ejercer la defensa material, pero en el sentido de este ensayo, la imposición de la *incomunicación* se encamina a neutralizar efectos nocivos que puedan surgir en el lapso prematuro de una investigación penal.-

Al inicio de una investigación preparatoria, la misma se encuentra en constante construcción y siendo mutable, fijándose recién en la etapa de requerimiento de elevación – o control de imputación- por lo cual resulta necesario disponer, desde actos iniciales conjuntamente con la aprehensión o detención de un imputado la

¹ Abogado, Universidad de Buenos Aires.

incomunicación, advirtiendo desde ya que su utilización no implica una disposición “discrecional” someta al libre arbitrio del juzgador o bien incluso la prevención.-

Si partimos de la *naturaleza jurídica* de la incomunicación, la misma tiene un claro origen procesal, que por su característica principal resulta ser de carácter accesoria a la existencia de un procedimiento penal, dado que no se agota en sí misma sino que se encamina a una finalidad específica, sujeta a finalidades estrictamente procesales, por ello se la ha definido como “...*Medida Cautelar que procura impedir a través de aislamiento, todo contacto con otras personas...*” (Francisco J. D’ Alhora, Código Procesal Penal de la Nación, TOMO I, página 440, editorial Lexis – Nexis).-

Como se observa finalidades procesales que implican un fin de *aseguramiento*, encaminado a obtener una cautela durante la sustanciación prematura de la investigación, en aras de neutralizar toda acción por parte del o los imputados, obturando toda conducta que permita a los endilgados “*un común acuerdo de voluntades*” destinado a poner en crisis ciertas medidas de prueba que puedan resultar por la novedad del ilícito y por su fugacidad inicial, que las mismas *no puedan ser empleadas eficazmente como elementos de prueba*.-

En este orden, como se observa tiene un fin *impeditivo*, ya que al estar en una etapa embrionaria o más bien “caliente” las autoridades judiciales y de prevención, parten de un “*estado factico de incertidumbre*” porque desconocen el grado de participación *prima facie* de los sujetos en la materialización del hecho, tal es así que en este estadio debe ser “provisoriamente” neutralizado para que no conspire contra el procedimiento y la obtención fructífera de prueba posterior.-

Por un lado, garantiza y salvaguarda a raíz de la incomunicación la “puesta en común” por los presuntos participantes, evitando que *conspiren* contra el procedimiento, porque de esta manera podría influir tanto a propios como ajenos a la pesquisa, aminorando su responsabilidad por trasladar “culpas recíprocas” al resto o toda otra motivación que pueda sobrevenir.-

Sin embargo a pesar de su carácter *impeditivo*, al funcionar por esta vía también estaría en condiciones de funcionar como una medida probatoria – pero de aseguramiento- ya que al obstaculizar el contacto se busca mantener inmanente el *status quo* de todo aquello que sirva para su posterior incorporación al expediente.-

Ejemplo : *En un domicilio X , vecinos aledaños comunican al 911, que un grupo de personas comenzaron una discusión y posteriormente escucharon gritos aparentemente de una persona que estaba siendo golpeada, hasta no escuchar mas nada. A raíz de esto personal policial arriba al lugar, tomando conocimiento de forma directa con el lugar y a raíz de una inspección ocular observa un cuerpo tendido ensangrentado y la totalidad de las personas presentes, evidencian signos de golpes y lo que serian manchas de sangre. Consultado con el juez y fiscal en turno, advierten la situación y dispone el arresto e incomunicación de la totalidad de las personas presentes.-*

Ahora bien el caso resulta sencillo, pero como se observa la incomunicación cumple un efecto por un lado cautelar – evita que los presentes tomen contacto entre ellos- y por otro lado indirectamente, permite que los presuntos materiales probatorios a ser receptados por la via procesal puedan salvaguardarse. Es decir que cumple un doble efecto – cautelar e indirectamente probatorio- ya que de lo contrario no disponer tal medida como en el caso en cuestión, implicaría que el estado de incertidumbre que opera en ese transcurso atente contra la delimitación de futuras responsabilidades.-

Tal es así su utilización siempre deviene accesoria, instrumental y se sirve para un caso que amerite neutralizar la posible comunicación y la *conspiración* entre los presuntos responsables o bien que la comunicación con el exterior implique que la influencia ejercida entre los detenidos atente contra futuros testigos directos, indirectos o bien garantizar la impunidad de terceras personas que han estado presente y al momento de la intervención judicial han huido deliberadamente de la escena, dándoles una posible cobertura.-

El caso se torna mas complejo cuando los presuntos responsables son personas que advierten cierta afinidad – familiar, amistad, carrera delictiva,- lo que inevitablemente conlleva a poder extremar su utilización, dado que en estos casos existe un afloramiento emotivo entre los responsables, que hace necesario impedir algún tipo de comunicación entre aquellos, dado que inevitablemente por la existencia de *excusas absolutorias* le impedirán todo reproche penal por la afinidad entre familiares, sumado a que muchas veces la colaboración termina siendo reemplazada o desplazada a familiares que por determinadas condiciones - avanzada edad, inimputabilidad, minoridad, inconciencia- permiten hábilmente que se orqueste ciertas responsabilidades que no son las que corresponderían, en pos de obtener ventaja o impunidad.-

Limitaciones y Alcances

Siempre debe tenerse por presente, que esta medida cautelar y como se sostiene, no es de carácter autónomo, sino que se sirve de un proceso principal y siempre se encuentra sujeta por un lado al estadio procesal, gravedad de la imputación, pero siempre en miras del aspecto cualitativo del delito y la proyección que podría tener el incomunicado sobre el hecho.

Al encontrarse en juego la libertad de la persona, pero además su derecho a ser oído, véase que su imposición a delitos de bagatela no resultaría admisibles por resultar innecesarios. Por ejemplo, A decide sustraer un cajón de cervezas de un camión de mercadería, al realizarlo es detectado por el transeúnte B, quien da anoticiamiento a la prevención, procediendo a su aprehensión. No resultaría razonable disponer la incomunicación por este hecho, dado que la conducta exteriorizada por A y los medios que empleo hacen notar que el hecho fue más por astucia que por una criminalidad organiza de “piratería del asfalto” y su aplicación devendría en desproporcionada.-

La razonabilidad reconocida en nuestra constitución en su art 28 expresa “... *Los principios, garantías y derecho reconocidos en los anteriores artículos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio...*”. Como se observa toda incomunicación siempre encontrara su limite y norte en nuestra ordenamiento suprallegal, sujeto a las particularidades del caso de lo contrario se implicaría generalizar la aplicación de esta cautela de forma desproporcionada.-

Es por ello que siempre debe tenerse por presente el bien jurídico afectado, ese el limite de contención para su utilización, porque debe recordarse que siempre *sigue la suerte de lo principal* , es decir que solo se aplica si existe un privación de libertad previa que le sirva como antecedente – arresto, aprehensión, detención- por lo que no sería aplicable en libertad (resulta una verdad de Perogrullo).-

Cabe resaltar además que dicha facultad, se la ha concedido también a las fuerzas de seguridad, lo que implica aún más el criterio restrictivo de esta medida sujeta *de forma inmediata a control judicial a los fines de que en el transcurso de la incomunicación sus derechos no sean vulnerados*. El CPPN en el art.183 le ha otorgado expresamente en su Inc.8. “... *Aprender a los presuntos culpables en los casos y formas que este Código autoriza y disponer su **incomunicación cuando concurren los requisitos del***

art.205, por un término máximo 10 horas, que no podrá prolongarse por ningún motivo sin orden judicial.-

Tal y como lo ha previsto el legislador, la utilización de la *incomunicación* en el caso de ser empleado por las fuerzas de seguridad, su limitación es de doble vía, por un lado esta limitado a la existencia de una causal previa – la existencia de un ilícito en curso o bien el cumplimiento de una orden de allanamiento y detención de una banda en simultaneo- y por otro lado la limitación cronológica.-

Ambas permiten restringir su aplicación indiscriminada, por un lado ciñe su utilización a un hecho que amerite una aprehensión o detención previa , es decir un delito privativo de libertad y por otro lado sujeto a *termino*. Este último permite salvaguardar de forma operativa que si la privación de libertad, ha sobrepasado ese lapso temporal sin un control judicial inmediato o bien habiéndolo agotado judicialmente y no existiera fundamento para su mantenimiento ***su levantamiento debe operar sin más trámite.-***

Como se dijo anteriormente la prevención posee esta facultad porque el legislador ha entendido que en ciertas ocasiones por la *inmediatez del hecho* y en aras de procurar salvaguardar la *posible materialidad del hecho* sea necesario disponer a criterio del personal policial dicha medida con un control judicial inmediato e interpretar lo contrario implicaría ceder terreno jurídico a la actividad ejecutiva, implicando una cesión peligrosa.-

Recordemos que el art. 205 establece “... ***El juez podrá decretar la incomunicación del detenido por un término no mayor de cuarenta y ocho horas (48), prorrogable por otras veinticuatro (24) mediante auto fundado, cuando existan motivos para temer que se pondrá de acuerdo con tercero u obstaculizará de otro modo la investigación...***” (el negro y el resaltado me pertenecen). Como ha previsto el legislador nacional y como se ha venido tratando ulteriormente es una facultad del juzgador de imponerla, como también de hacer cesar la impuesta por la prevención.

Al determinar que “*podrá*” el verbo faculta al juez a disponerla de acuerdo a las circunstancias particulares del caso. En el mentado artículo la temporalidad cobra nuevamente una limitación que opera de forma insoslayable incluso para el juzgador de evitar imponerla por fuera de los términos fijados por el legislador, sin embargo siempre la aplicación y su duración dependerá siempre de la casuística del hecho y sus

contingencias, si bien necesita la existencia de una privación de libertad – dada su característica cautelar, accesoria y no autónoma- no necesariamente, la privación de libertad llevará implícita una incomunicación.-

El citado artículo, exige además la existencia de un *auto fundado* es decir que el estándar jurídico que opera, necesariamente debe ser consignado por el juzgador para que la defensa pueda conocer e impugnar dicha incomunicación – si corresponde- al advertir que su procedencia resulta infundada, irrazonable o ilegal. Por ello el legislador nacional previó la exigencia del auto para evitar imposiciones flexibles y que habilitasen sin mas trámite su aplicación.

Esta exigencia resulta respetuosa en principio del principio de inocencia, por entender que la incomunicación sin fundamentos permitiría *habilitar que el imputado en ese lapso quede a merced de las autoridades y que por las condiciones de privación se geste un ambiente de hostilidad que favorezca a la autoincriminación o el reconocimiento forzado de un hecho punible, por la desesperación de su situación, generando un gravamen irreparable. Una incomunicación prolongada y máxime sobre imputados que atraviesan el sistema penal y no poseen “anticuerpos” para soportar la privación, de seguro podría conllevar a situaciones de imposible reparación.-*

La exigencia de *auto fundado* obligará al juzgador a explicitar no solamente sobre quien/s , sino el ¿Por qué ? y ¿ Cuanto tiempo ? de su procedencia ya que obligatoriamente debe consignar estos requisitos para evitar caer en una fundamentación genérica - piénsese que el imputado está privado e incomunicado- también resulta necesario un examen médico, ya que incomunicar a un sujeto con cierta discapacidad mental, extranjero, sordomudo, u otras dolencias que no pueden percibirse a simple vista, la incomunicación conllevaría graves consecuencia hacia el imputado (correr peligro su vida o la de terceros).-

A pesar de ello y como se sostuvo anteriormente por su característica accesoria, su aplicación tiene como *conditio sine qua non* la existencia de “**motivos para temer que se pondrá de acuerdo con terceros u obstaculizara de otro modo la investigación**” de ahí la necesidad de que el auto fundado exteriorice las razones que dan lugar a la medida, porque sin la expresión de motivos el imputado podría ser incomunicado por cualquier delito sujeto a la arbitrariedad del juzgador. Tal es así que para “temer” deberá

ponderar, varios aspectos (tipo de delito, cantidad de imputados, probanzas, estado del proceso, antecedentes) no obstante, el magistrado podrá disminuir las incomunicaciones a medida que vaya determinando las responsabilidades, pudiendo ser mayor la incomunicación respecto de todo los involucrados o bien menor e incluso ser mínima y no llegar a agotar los términos.

Generalmente esta medida tenderá a ser más eficiente en criminalidad organizada, dado que el proceso de recopilación probatorio se realizará sin conocimiento de antemano por el/los imputados y al disponer los allanamientos, con las detenciones posteriores prosiga como resultado una incomunicación en conjunto con todas las medidas posteriores – secreto de sumario- etc., a fines de salvaguardar la materialidad.

Como resultado y como se expreso, siempre dependerá del caso en particular ya que esta cautela se interpondrá cuando el juzgador advierta que existen mediante auto fundado un peligro que deberá ser – real, grave, verosímil, inminente- siendo inferido del objeto procesal o bien de las constancias de la causa, pero que necesariamente deberán expresados en el auto que funda la incomunicación.

Por ello además se puede aseverar que como toda medida cautelar es dependiente del principio de *nulla coactio sine lege previa* por su derivación del art.2 del ordenamiento procesal nacional, art.18 C.N, art. 8.2, 9,29 de la C.A.D.H y por último arts.14.1 y 15.1 del P.I.D.C y P, estando siempre sujeta a las disposiciones constitucionales sobre lesividad art.19 y razonabilidad del art.28.-

Ante todo podemos concluir las siguientes características:

- a) Excepcional
- b) Subsidiaria
- c) Instrumental
- d) Proporcional
- e) Accesorio
- f) Limitada temporalmente
- g) Necesidad de riesgo
- h) Tiene como base una privación de libertad anterior que la justifica.
- i) Su aplicación depende del caso particular, no es automática.

Jurisprudencia ²

Por último merece la pena atender el tratamiento que le otorgan los tribunales y la doctrina sobre esta medida, siendo en su mayoría muy restrictivos respecto a su utilización, remarcando las consecuencias de una aplicación arbitraria sin considerar o estimar los efectos colaterales de su aplicación, si verdaderamente las necesidades reales del caso no lo ameritan, estimando incluso que su aplicación deriva en un tratamiento cruel y degradante similar a la tortura.

Incomunicación, Libertad Personal y Hábeas Corpus (Violación de los Art. 7.6 y 25 CADH).-

“La incomunicación es una medida excepcional cuyo fin es impedir que se entorpezca la investigación. El detenido debe contar con las garantías mínimas, - defensa y revisión de la legalidad de la detención -. * Dcho. a un recurso eficaz y sencillo, como pilar de la CADH y de un Estado de Derecho.

CIDH; Inf. N° 66/01 Caso: 11992 2001; Incomunicación.

El Hábeas Corpus tiene como finalidad, no solamente garantizar la libertad y la integridad personal, sino prevenir la desaparición o indeterminación del lugar de detención y en última instancia asegurar el Derecho a la vida.”. (Dhdd1)

CIDH; Inf. N° 66/01; Caso: 11992 2001

Tratamiento cruel, inhumano o degradante (Violación Art. 5.2ª CADH)

CrIDH: “la sola constatación de que una persona ha sido incomunicada por un largo periodo, permite concluir que ha sido sometida a tratos inhumanos.” (Dhdd1)
Excepcionalidad de la Incomunicación (También, derecho de información). “Este tribunal ha destacado que la incomunicación del detenido debe ser excepcional, porque causa a éste sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, ya que lo coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad

² <https://www.defensachubut.gov.ar/biblioteca/node/2195>

en las cárceles, y porque pone en peligro la puntual observancia del debido proceso legal. El detenido como su custodia legal tienen derecho a ser informados de los motivos y razones de su detención cuando ésta se produce...”. (Dhe3)

CrIDH; Caso: Bulacio vs. Argentina; Procedimiento ante la Comisión; Solución Amistosa y Reconocimiento de Responsabilidad por parte del Estado Argentino; Procedimiento ante la Corte; 2003

“La incomunicación es una medida excepcional que tiene como propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.”. (Dhb2)

Incomunicación equivalente a tratos crueles, inhumanos o degradantes (Art. 5.2 CADH). Ptos. 90 y 91 del fallo

“Una de las razones por las cuales la incomunicación es concebida como un instrumento excepcional es por las graves efectos que tiene sobre el detenido. En efecto, el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.

CrIDH; Caso: Suárez Rosero vs. Ecuador;

La sola constatación de que la víctima fue privada durante 36 días de toda comunicación con el mundo exterior y particularmente con su familia, le permite a la Corte concluir que el señor Suárez Rosero fue sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes...”.-

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Tienen como objeto la protección de todas las personas

sometidas a cualquier forma de detención o prisión. Índice: a) Uso de los términos b) Principios del 1 al 39 c) Cláusula General.

Como se observa, la jurisprudencia internacional ha puesto énfasis en la gravedad de disponer una incomunicación sin que las necesidades particulares del caso así lo requieran y es harto que su utilización siempre será *excepcional* sujeto a las particularidades del caso, de lo contrario desconocer la realidad que demanda cada investigación y hacer aplicaciones genéricas implica sin más vaciar de contenido el principal derecho que tiene el imputado privado de libertad que es “ser oído” y la realidad enseña que ser oído en ese momento de privación implica el último bastión de dignidad sobre el que no admite excepción alguna.