Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

N° 179
AÑO LIV
ENERO — JUNIO
1986

ISSN 0303-9986



# REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

# *LA INCOMUNICACION*

HECTOR OBERG YAÑEZ
Prof. Derecho Procesal
Universidad de Concepción

El hombre, como ser racional, está por naturaleza dotado de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el derecho de libertad.

La libertad no es un atributo que se adquiera por cumplirse determinadas condiciones ni tampoco un don superpuesto, sino que ella es inherente y consustancial al ser humano. El Papa Juan Pablo II en 1981 así lo expresó en su mensaje de paz al mundo: "La libertad en su esencia es anterior al hombre, connatural a la persona humana, signo distintivo de su naturaleza".

Se ha definido la libertad de distintas maneras, algunas más perfectas que otras, pero todas ellas demostrativas de la preocupación que existe y ha existido sobre el particular.

Siguiendo la doctrina, puede señalarse que la libertad personal o libertad individual pertenece a aquel grupo de libertades que protegen los intereses materiales. La libertad personal es, pues, la independencia que tiene la persona para actuar o abstenerse de hacerlo, no siendo contra la ley y los derechos de los demás.

Concebida de esta manera, la libertad personal abarca dos aspectos:

1.- La libertad de circulación o locomoción, que consiste en poder permanecer en cualquier punto del territorio o bien de trasladarse de uno a otro punto del mismo o entrar o salir de él, guardando las disposiciones que establece la ley.

2.- La seguridad individual, que es el derecho de las personas para no ser detenidas sino en las condiciones establecidas por la ley, en los casos y con las formas señaladas por la ley.

La actual Constitución Política en su Art. 19, N° 7, garantiza la libertad personal y la seguridad individual, refiriéndose en este caso a la simple libertad física, que consiste en poder moverse materialmente o no hacerlo, también llamada libertad ambulatoria o de movimiento. De esta manera la Constitución garantiza la libertad personal en doble sentido.

1.- Cuando está libre, prohibiendo que sea privado de ella arbitrariamente;

2.- Cuando está privado de libertad, garantizando su enjuiciamiento legal.

Con todo, hay que dejar en claro que ni la Constitución ni la ley pueden asegurar absolutamente la libertad de todos los individuos, porque la sociedad necesita reprimir los abusos o delitos que pudiera cometer alguno de sus miembros.

Y así nuestra legislación procesal contempla dos instituciones que constituyen una privación, ya sea definida o indefinida de la libertad personal, vale decir, la detención y la prisión preventiva.

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Ahora bien, de acuerdo a nuestras normas procesales penales tanto la detención como la prisión preventiva pueden ser agravadas por ciertas medidas, como son la incomunicación y las prisiones, grillos o grilletes, las que por su naturaleza constriñen en grado sumo la libertad personal.

Cumplidas las primeras diligencias del sumario, destinadas a la comprobación del cuerpo del delito y averiguación del delincuente, el juez debe decretar las medidas para asegurarse que los presuntos culpables van a comparecer a todos los trámites del juicio, y que va a ser posible aplicárseles las penas a que deben ser condenados. Así fluye del Art. 246 del Código de Procedimiento Penal.

Las medidas que el juez puede decretar para asegurar la persona del delincuente son la citación, la detención, la prisión preventiva y el arraigo.

La detención y la prisión preventiva pueden ser agravadas por ciertas medidas, como son: la incomunicación y las prisiones, grillos o grilletes.

La detención es una manera de asegurar la persona del delincuente, privándolo de su libertad personal por breve tiempo —generalmente cinco días, Art. 272, Código de Procedimiento Penal— cuando aparecen en su contra fundadas sospechas de ser responsable de un delito, o haya motivos que induzcan a creer que no prestará a la justicia la ayuda oportuna para la investigación del hecho punible (Arts. 251-252, Código Procedimiento Penal).

La detención no es una pena, sino una medida de seguridad, como se desprende del Art. 251, Código Procedimiento Penal, sin perjuicio de que si el procesado es condenado posteriormente este tiempo le sirva de abono a la pena que se le aplique (Art. 503, Código Procedimiento Penal), e igual situación sucede con la prisión preventiva.

La prisión preventiva consiste en la privación indefinida de la libertad personal decretada por el juez, cuando se reúnen los requisitos necesarios para declarar reo al inculpado, siempre que no se trate de delitos que merezcan sólo citación.

Es un medio para impedir que el presunto criminal se ausente, eludiendo la pena correspondiente al delito que hubiere cometido. Es una medida de precaución.

Además, hay que tener en claro que ella no constituye una situación definitiva dentro del proceso, sino que es susceptible de reformarse durante todo su curso y aun revocarse. De ahí que sea conocida también con el nombre de prisión provisional.

Las medidas agravatorias de la detención y de la prisión preventiva, que hemos mencionado anteriormente, están reglamentadas en el párrafo 5, Título IV del Libro II del Código Procedimiento Penal entre sus Arts. 296 a 306.

La incomunicación es una medida por la cual se priva al detenido o preso de toda relación con el exterior, y por ello mismo de las facilidades o franquicias mínimas que le concede la ley, puede dividirse en dos aspectos: Uno, que podríamos llamar penal, y otro, que puede llamarse procesal.

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Bajo el punto de vista de una pena, nuestra legislación contempla tres aplicaciones:

a) Incomunicación como pena accesoria,

b) Incomunicación como castigo disciplinario, y

c) Incomunicación como pena principal.

En realidad, con todo lo interesante que pueda ser este aspecto de la incomunicación, se dejará de lado por ser inatinente a este trabajo.

Bajo el aspecto de una medida procesal puede ser una medida agravante de la detención o de la prisión preventiva.

Aquí no estamos frente a una pena o de un castigo disciplinario, sino frente a una medida de seguridad que tiende a una mejor investigación acerca de la veracidad de los hechos que constituyen el objeto del juicio.

Es precisamente desde este punto de vista que analizaremos esta medida agravatoria.

Surge la incomunicación como una herencia del procedimiento inquisitorial, que llegó a nuestro continente y a nuestro país a través de las Partidas y sus modificaciones. Con ella se pretende mantener la pureza de la prueba, que es condición indispensable para el éxito de toda investigación encaminada a la averiguación y comprobación de un delito.

Hoy en día, nuestra legislación procesal penal la contempla tan sólo como una medida indispensable para asegurar el éxito de la investigación sumarial, y una vez obtenida esta finalidad el juez la hará cesar.

Su finalidad, entonces, es evitar que el inculpado se concierte con sus coautores, cómplices, encubridores o testigos con el objeto de desfigurar los hechos investigados.

Nuestro legislador no sólo se ha preocupado de regular su procedencia y duración, sino que también ha consagrado algunos derechos en favor del incomunicado, y que fundamentalmente están destinados a hacerle menos gravosa y penosa esta restricción de su libertad.

Nuestra legislación no contempla en ninguna de sus disposiciones definición alguna de la incomunicación.

El Diccionario de la Real Academia Española dice que "es el aislamiento temporal de los procesados o de testigos, que acuerdan los jueces, señaladamente los instructores de un sumario".

Por su parte Joaquín Escriche la describe como "el estado de un preso a quien no se permite ver ni hablar a las personas que fueren a visitarle".

Las dos nociones anteriores son de alcance general, y evidencian la circunstancia de aislamiento en que se encuentra el incomunicado con el mundo exterior.

Mirado, ahora, desde un punto de vista doctrinario, y con el fin de no cansar con un excesivo número de definiciones, mencionaremos la de un jurista español —Rafael García Valdés— que expresa que la incomunicación "es la carencia de relación exterior del detenido o preso en virtud de mandamiento judicial, constituyendo una medida extraordinaria que tiene por objeto evitar la confabulación entre los presuntos autores con los cómplices o encubridores del delito por el que se le persigue".

Y aplicando tales nociones a nuestro derecho positivo, podemos definirla sosteniendo que es una medida extraordinaria decretada por el

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



juez, en cuya virtud se priva al detenido o preso por breve tiempo de todo contacto con el exterior o con otras personas que no sean el juez de la causa, su abogado o el jefe de la casa de detención o prisión, a fin de evitar sea la confabulación entre el imputado y los demás responsables o testigos, sea la destrucción o supresión de pruebas del hecho investigado.

Queda claro entonces que esta medida no es un medio de prueba. No está destinada a presionar sobre el inculpado para conseguir que confiese, sino que, como se ha dicho, su objetivo principal radica en obtener transparencia y pureza en la producción de las pruebas tendientes al logro de la verdad.

Los aspectos que más merecen destacarse de esta medida son:

1. La incomunicación es una medida cautelar;
2. La incomunicación es una medida extraordinaria
3. La incomunicación es una medida transitoria.

*1. La incomunicación es una medida cautelar*

La incomunicación como medida de carácter procesal, solamente se justifica frente a la necesidad de asegurar el éxito de la investigación sumarial destinada a desentrañar la verdad, y que a menudo resulta indispensable aplicar, para que la investigación no se entorpezca por posibles maniobras dolosas entre el inculpado y terceros, tendientes a alterar la verdad de los hechos y lograr una situación de incertidumbre en la tarea sumarial.

Es preciso, además, tener en cuenta que el individuo respecto del cual se ha dictado una orden de incomunicación, por este solo hecho no pierde su inocencia, ya que la eventual determinación de su culpabilidad únicamente tendrá lugar cuando se dicte a su respecto la sentencia definitiva.

Asimismo, hay que considerar que no es tanto la gravedad del delito lo que determina la necesidad de incomunicar, sino la gravedad del peligro para llegar al descubrimiento de la verdad. Por ende, no es suficiente el carácter del delito que se imputa para determinar automáticamente la incomunicación, como suele suceder en la práctica. Antes de ordenarla, será necesario que el juez considere si existe la posibilidad de que el imputado pueda, por medio de la comunicación, ponerse de acuerdo con terceros o estorbar de cualquier otro modo la investigación. En el supuesto caso de que este peligro no exista, no será procedente la incomunicación, aun cuando se trate de un delito muy grave. Empero, hay que tener presente que esta circunstancia influirá en el criterio del juez para determinar la gravedad del peligro para el logro de la verdad y al mismo tiempo la duración de la medida.

*2. La incomunicación es de carácter extraordinario*

Esta medida agravatoria tiene cabida exclusivamente en aquellos casos calificados de absoluta necesidad, como lo indica el art. 298 del Código Procedimiento Penal, "cuando fuere indispensable para la averiguación y comprobación del delito".

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Este carácter excepcional de esta medida en la práctica no es tan efectivo, y puede observarse una desnaturalización de ella al convertirla en habitual. Y, como lo hemos manifestado, no puede disponerse basándose tan sólo en la pena asignada al delito que se investiga, pues si así fuese tal apreciación sería errónea e injusta, pues aunque el delito que se imputa al inculpado sea grave, no siempre éste pretenderá burlar la acción de la justicia.

Cabe indicar en el ámbito de esta característica, que nuestra actual legislación procesal penal no requiere, como lo hacen otras, que la resolución judicial por la cual se ordena incomunicar sea fundada, lo que serviría para demostrar la idoneidad y ecuanimidad de la labor judicial y demostraría el carácter excepcional de la medida.

*3. La incomunicación es una medida transitoria*

Por su propia naturaleza restrictiva de la libertad, la incomunicación solamente puede decretarse por breve tiempo.

A este respecto hay que tener en cuenta que no es legítimo disponer ciegamente la medida por el mayor lapso permitido, como sucede generalmente en la práctica. Por el contrario, ella debe ser restringida al tiempo estrictamente necesario para frustrar la presunta intención del imputado de realizar algún acto que pudiere entorpecer el rumbo de la investigación y la adecuada acción de la justicia.

En nuestra legislación procesal, esta característica queda corroborada en los arts. 299 y 300 Código Procedimiento Penal.

El art. 298 Código Procedimiento Penal señala que la incomunicación puede ser ordenada por el juez de la causa "cuando fuere indispensable para la averiguación y comprobación de un delito".

De esta forma es posible concluir que decretar esta medida es una atribución que queda entregada al arbitrio exclusivo del juez, y dependerá en gran medida del criterio que tenga el juez, y en especial de lo que él entienda por "indispensable para la averiguación y comprobación de un delito", frase que es bastante genérica y que puede inducir a erradas interpretaciones o confusiones, más aún si se considera, como lo hemos anotado, que esa resolución no precisa ser fundada.

En cuanto a la oportunidad para decretarla, dependerá del paulatino desarrollo del proceso, y en la medida que éste se desenvuelva podrá el juez ordenarla o dejarla sin efecto. Pero en todo caso, la incomunicación por su propia finalidad es decretada durante la primera fase del juicio criminal, vale decir, en el sumario, pues es esta etapa donde la actividad confabulatoria o falseadora de la prueba puede adquirir un mayor índice de peligrosidad para la averiguación de la verdad.

Como lo dijéramos, la incomunicación se caracteriza por ser transitoria; y de conformidad con el art. 299 inc. 1º Código Procedimiento Penal, la incomunicación podrá durar, si es necesario, todo el tiempo de la detención y si ésta se convierte en prisión preventiva, podrá prolongarse hasta completar el término de diez días.

Sobre el particular cabe señalar que la Corte Suprema ha fallado que "procede acoger el recurso de queja deducido contra un juez que mantiene incomunicado a un reo por más tiempo del que la ley

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



permite...", pero también ha sentenciado "que puede prolongarse la incomunicación mayor tiempo del que fija el inc. 1º del art. 299, si es preciso evacuar la cita de un testigo ausente del departamento, con el cual es indispensable evitar la confabulación del reo", lo que está de acuerdo con el art. 299 inc. 2º Código Procedimiento Penal.

Pero, a su vez, vencido el plazo de cinco días o el término complementario en su caso, o verificadas las diligencias a larga distancia o fuera del territorio de la República, si hay nuevos antecedentes traídos al sumario que lo exijan, podrá el juez decretar una nueva incomunicación, la cual durará cinco días, salvo el caso expresado en el inc. 2º del art. 299 Código Procedimiento Penal.

Como una forma de garantizar los plazos señalados y también como una manera de evitar que se agrave la restricción de la libertad del incomunicado, el art. 305 Código Procedimiento Penal ordena especificar en el proceso el día en que la medida haya comenzado y aquel en que haya sido suspendida.

Finalmente, y aun cuando parece lógico y de toda evidencia, la medida en referencia deberá ser levantada apenas deje de ser necesaria para los fines que por su intermedio se persiguen, y así, por ejemplo, deberá cesar cuando hayan declarado los testigos que podrían haber sido inducidos a mentir, o se hayan secuestrado los efectos del delito cuya ocultación se temía, o se hayan tomado las huellas pertinentes, etc.

No obstante, en nuestra legislación procesal penal no se encuentra disposición alguna que así lo ordene, y aun cuando ello es evidente debería existir una disposición que así lo prescribiese, como una forma de prevenir posibles conflictos que pudieren surgir cuando la medida ha dejado de ser indispensable y, sin embargo, no ha sido levantada, y en general, como una manera de proteger al individuo incomunicado en sus derechos fundamentales.

El legislador consciente de que la incomunicación se encuentra establecida con la única finalidad de asegurar el éxito de la investigación sumarial, y de la penosa situación en que se encuentra el incomunicado al estar encerrado en celdas, la mayoría de las veces, desprovistas de toda condición mínima de higiene y salubridad, es que ha establecido ciertos derechos en su favor como una manera de aminorar todo perjuicio que eventualmente experimente. Tales derechos están consagrados en los arts. 301 al 304 Código Procedimiento Penal.

El establecimiento de estos derechos configura una institución que no contempla expresamente nuestro Código, y que se ha dado en llamar "media incomunicación", que constituye un paliativo de la incomunicación absoluta o incomunicación a secas, pues atenúa su vigor al permitir al incomunicado gozar de algunas franquicias de que ordinariamente se encuentra privado.

Cabe señalar que el incomunicado rara vez hace uso de estos derechos que se han establecido en su favor, lo que convierte a los artículos que los consagran tan sólo en disposiciones programáticas, carentes de toda aplicación efectiva en los hechos.

Al incomunicado se le mantiene en absoluto aislamiento, y no se le permite contactarse con nadie, ni siquiera con su abogado; tampoco puede escribir ni recibir correspondencia, ni tener libros y demás efectos

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



que él mismo se proporcione, y menos asistir a alguna diligencia pericial relacionada con el hecho delictuoso que se le imputa.

A este respecto hay que tener en consideración que es el juez el que decreta la incomunicación y, además, autorizar o no al incomunicado para hacer uso de estos derechos que hemos mencionado, y como el riesgo para obtener la verdad es grande, este juez en forma automática y casi por inercia, procede a incomunicar absolutamente al imputado, olvidando de que así como existe un grave peligro para lograr el éxito de las investigaciones, así también existe una gran probabilidad de lesionar irremediablemente a este individuo en sus derechos fundamentales.

Pero no se crea que en esta situación sólo tiene responsabilidad el juez que decreta la incomunicación, tiene también su cuota el abogado, y no la menos importante. En efecto, sabiendo este profesional que existen en el Código de Procedimiento Penal estas disposiciones a favor de su cliente, se deja llevar por los hechos, y como es de ordinario que nadie solicite al juez alguna de estas prerrogativas, él tampoco lo hace. Tal vez influya en esta actitud la manera como se ha usado y abusado de la institución a lo largo de los años, o bien, una especie de temor de que con su obrar pueda molestar, enojar al juez, con lo cual perjudicaría a su cliente.

A todo esto, ¿cuáles son los derechos de que puede gozar el incomunicado?

1. El incomunicado puede asistir a las diligencias periciales, guardándose las precauciones necesarias, siempre que con su asistencia no se vaya a desvirtuar el objeto de la incomunicación (art. 301 Cód. Proc. Penal).

En la realidad es poco probable que se le permita a este individuo asistir a los reconocimientos periciales, pues aunque su presencia pudiere contribuir a esclarecer los hechos, es lo cierto que el juez soberanamente puede estimar que con ello se atenta al éxito de la investigación o se desvirtúa el objeto de la incomunicación, e impedir, entonces, su concurrencia a esta diligencia.

2. Puede tener libros, recado de escribir y demás efectos que él se proporcione, siempre que a juicio del juez no haya peligro para el éxito de la investigación (art. 302).

Nada impide que tales lecturas sean de carácter jurídico, ya que el fin de la incomunicación no es impedir que el imputado adquiera información técnica eventualmente útil para su defensa. Por otra parte, si la ley no consagra excepción alguna al derecho de leer que otorga al incomunicado, no será legítimo imponerla por vía de interpretación.

La expresión "recado de escribir" está referida a que tenga derecho a disponer de los objetos y utensilios necesarios a fin de que pueda escribir.

No obstante esta disposición, lo cierto es que al incomunicado se le quitan todas sus especies, pues según Gendarmería, no sólo está comprometido el éxito de la investigación, sino que también es posible se recurra a ello como medida de precaución para evitar un posible suicidio.

3. Puede mantener correspondencia previa autorización del juez, y siempre que éste conozca con antelación el contenido de la misma (art. 302 inc. 2º).

Artículo: La incomunicación
Revista: Nº179, año LIV (En-Jun, 1986)
Autor: Héctor Oberg Yáñez

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Es ésta una clara excepción al principio de la inviolabilidad de la correspondencia, consagrada en la Constitución Política del Estado (art. 19 N° 5).

Empero, admite, a su vez, una contra excepción en el art. 295 inc. 2° Código Procedimiento Penal, puesto que de él se desprende que en ningún caso se podrá impedir al incomunicado que escriba a los funcionarios superiores del orden judicial, ni a los Oficiales del Ministerio Público.

4. Puede conferenciar con su abogado en presencia del juez, con el objeto de obtener medidas para hacer cesar la incomunicación (art. 303).

Nuestro legislador por ningún motivo permite al incomunicado tener contacto con su abogado a fin de preparar su defensa, y solamente autoriza la entrevista indicada para los fines señalados.

La costumbre nos demuestra, sin embargo, que rara vez el abogado solicita al juez este derecho.

Para el caso de conferirse patrocinio y poder por un incomunicado, se permite al abogado o procurador que puedan hacerle llegar a éste, por intermedio de los respectivos funcionarios, el escrito en que constan tales actos para su conocimiento y firma, el cual debe ser devuelto sin dilación para los efectos de ser presentado al tribunal de la causa (art. 9 inc. 2° D.S. Justicia N° 114, de 1979).

5. Derecho del detenido o preso de ser visitado por el funcionario encargado del respectivo establecimiento (art. 304 inc. 1°).

Este derecho ha sido elevado al rango de garantía constitucional (art. 19 N° 7 letra d) Constitución Política del Estado).

6. Derecho del incomunicado a solicitar del funcionario encargado del establecimiento carcelario, que le transmita al juez competente la copia del decreto de detención o prisión que se le hubiere dado al incomunicado, o a dar el mismo funcionario un certificado de hallarse detenido o preso aquel individuo (art. 304 inc. 2°).

7. Aun cuando no existe disposición sobre el particular, parece lógico autorizar al incomunicado para realizar aquellos actos civiles impostergables, siempre y cuando no sean perjudiciales a los fines de la instrucción del sumario, ni disminuyan su solvencia, que podría resultar afectada por la responsabilidad pecuniaria derivada de la investigación. Por ejemplo: hacer que venga un Notario para dar poderes para sus negocios o para la representación de sus intereses particulares, toda vez que se trata de asuntos completamente desligados del proceso criminal. Y así lo ha entendido la Corte Suprema al fallar que "la calidad de incomunicado no impide al detenido o preso ejercitar los medios de defensa para alegar la falsedad de las letras de cambio cuyo protesto se le notifica, ya que la incomunicación rige sólo en el proceso criminal en que se decreta y a fin de que no se frustren las investigaciones en dicho proceso, y dado que la ley autoriza para entregar y recibir cartas con la venia del juez, por lo cual puede escribir a su abogado participándole la notificación que se le ha hecho, con el objeto de darle instrucciones para su defensa" (T. 30. secc. 1, pág. 468).