

LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ¹

Jose Maria Asencio Mellado

La prisión preventiva o provisional constituye una medida cautelar de carácter personal, cuya finalidad, acorde con su naturaleza, es la de garantizar el proceso en sus fines característicos y el cumplimiento de la futura y eventual pena que pudiera imponerse. No puede asignarse a esta medida una naturaleza tal que la haga devenir en una medida de seguridad o, incluso, en una pena anticipada. Ni el proceso penal es un instrumento de política criminal, ni puede serlo tampoco cualquier tipo de resolución que en su seno se adopte. El proceso no es otra cosa que un método de determinación de hechos y responsabilidades y para la consecución de este fin ha de permanecer en la más absoluta neutralidad; toda perversión de esta finalidad conduce o puede conducir a determinaciones y a declaraciones no ajustadas a la realidad. Y si el proceso es así, no puede dotarse de una finalidad distinta a una medida decretada en su seno cuya pretensión es asegurar su desarrollo adecuado.

Pero, a su vez -lo que con frecuencia sucede en el ámbito del proceso penal-, mediante la prisión provisional se restringe la libertad de un sujeto que, al no haber sido aun objeto de condena, debe ser reputado inocente a todos los efectos. En definitiva, la prisión preventiva constituye una limitación del esencial derecho a la libertad, adoptada sin lugar a dudas con infracción del de presunción de inocencia, lo que exige que, a la hora de su acuerdo, se adopten todas las prevenciones posibles y se huya de formulas automáticas o de reglas tasadas.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «La reforma de la justicia penal» (BJU2003-00192), concedido por el Ministerio de Ciencia y Tecnología al Área de Derecho Procesal de la Universidad de Alicante y cofinando por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

Si, como decía GOLDSCHMIDT «la estructura del proceso penal de una nación no es otra cosa que el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución", la de la previsión que se haga de sus medidas cautelares penales y, especialmente, de su prisión provisional, pondrá de relieve si la Constitución de un Estado, aun formalmente democrática, responde a principios asumidos en la practica, sentidos y rectores de la convivencia ciudadana.

Carece de justificación en un estado democrático limitar derechos fundamentales, sin las debidas y justificadas exigencias, como medio de restringirlos de forma definitiva. Privar de libertad para saber si se puede privar de libertad, que es en suma en lo que consiste la prisión provisional, constituye una medida de tanta gravedad que solo desde planteamientos incompatibles con el Estado de derecho puede asumirse con naturalidad.

La prisión provisional, en tanto medida estrictamente cautelar y limitativa de derechos ha de supeditarse a la verificación de determinados principios, consustanciales e irrenunciables que, lejos de ser teóricos, trascienden y afectan a la regulación concreta que se haga de la restricción de libertad. Estos principios son los de legalidad, excepcionalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad y proporcionalidad.

El Código Procesal Penal del Perú, aprobado por Decreto Legislativo 957, de 29 de julio de 2004, en su conjunto responde a un modelo de proceso penal acusatorio, eficaz y moderno, respetuoso con los derechos humanos y adecuado para el cumplimiento de los fines que le son propios. Y en este marco, la regulación de la prisión provisional que efectúa es plenamente respetuosa con los principios señalados, con la naturaleza cautelar de la medida y con su finalidad. Entronca, por tanto, con la mejor tradición democrática, con el sentir reflejado en los Tratados Internacionales que tienden a la protección de las personas frente al Estado. En suma, sin olvidar la necesidad de asegurar la eficacia del proceso, sitúa la privación de libertad en su lugar preciso y autoriza su restricción únicamente cuando es absolutamente necesario, cuando no existen otras disposiciones menos gravosas para el derecho que puedan cumplir adecuadamente la misma función.

Una aportación breve, como la que sigue, asumiendo la importancia de estos principios, debe estructurarse alrededor de los mismos, definiéndolos y desarrollando, paralelamente, el contenido de la ley. Así se va a hacer en la confianza de que este método permite un mejor entendimiento de la norma positiva y de su repercusión y dimensión constitucional.

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Solo mediante ley y con las condiciones que cada ordenamiento exija, pueden ser limitados los derechos fundamentales; no puede la Administración, el Poder Ejecutivo, a través de normas reglamentarias, autorizar la restricción de estos derechos. A su vez, las leyes que se dirijan a este fin, y en tanto los derechos constitucionalmente declarados son directamente aplicables sin limitación alguna, pues la Constitución es ley suprema y no mero principio programático en este aspecto, han de considerarse leyes de límites. Solo son admisibles, pues, aquellas restricciones que la ley expresamente dispone, no otras, debiendo toda limitación estar prevista normativamente de modo expreso y sin incorporar cláusulas abiertas que autoricen de facto cualquier tipo de restricción legalmente indeterminada, siendo imposible, adicionalmente, cualquier tipo de interpretación restrictiva.

El Código Procesal peruano es respetuoso con este principio rector. Su art. 253 dispone la obligación de sometimiento a la ley para la restricción de cualquier derecho fundamental en un doble sentido: por un lado, exigiendo la autorización legal para que sea procedente su acuerdo; por otro lado, disponiendo que el desarrollo de cualquier limitación habrá de ajustarse a las determinaciones legales y a las garantías previstas en la norma.

Trasladadas estas exigencias a la prisión provisional, resulta que la misma solo podrá acordarse en el seno del proceso penal, nunca al amparo de normas de otra naturaleza, ni en procedimientos de otro tipo y que su adopción y desarrollo se habrán de acomodar a las determinaciones previstas en el propio Código Procesal Penal.

II. PRINCIPIO DE EXCEPCIONALIDAD.

2.1 Requisitos derivados de la excepcionalidad.

Como consecuencia ineludible de los derechos que asisten al imputado a lo largo de la tramitación del proceso y, especialmente, el que consagra la presunción de inocencia (art. II), la libertad ha de ser la regla, debiendo el inculcado permanecer en esta situación de forma ordinaria. Solo, pues, excepcionalmente, y cuando sea estrictamente necesario y no puedan alcanzarse los fines propuestos mediante otras disposiciones menos intensas, podrá acordarse la limitación de libertad en que toda prisión preventiva se traduce.

La prisión provisional, pues, en modo alguno debe ser ni la única, ni la forma preferente de alcanzar el aseguramiento del proceso. La ley debe regular, con carácter ordinario, las suficientes medidas de las llamadas «alternativas» (aunque yo prefiero calificar a la prisión provisional de alternativa en tanto ella es la excepcional y no las restantes disposiciones). Puede afirmarse sin reparos que, cuando no existan mecanismos intermedios suficientes entre la libertad y la prisión, aunque se proclame retóricamente el respeto a los derechos del imputado, se tratara esta de una declaración vacua y sin referente alguno real.

Pero, la excepcionalidad no se queda en esta sola exigencia, sino que obliga a excluir y prohibir cualesquiera tipos de criterios legales para la adopción de la medida que puedan aplicarse de modo automático o que constituyan estándares generales que, materialmente, autoricen la adopción de la resolución ante la aparición de meras situaciones fácticas o jurídicas; en conclusión, no puede el legislador establecer como presupuestos de la prisión preventiva presunciones legales encubiertas cuya valoración general e indiscriminada prescinda de la obligada constatación del riesgo legalmente protegido de forma individual y particularizada. Ni la gravedad de la pena, ni los antecedentes del imputado, ni su pertenencia a organización delictiva, pueden por si solas justificar una privación de libertad si no se valora y motiva en el caso concreto que, tales circunstancias pueden incidir en un riesgo concreto de fuga u obstaculización de la investigación.

El Código Procesal de Perú es consecuente con estas dos exigencias, de relevancia constitucional, de manera que la regulación prevista avala y permite hablar de una norma democráticamente instalada en un Estado de derecho.

Dejando de lado ahora para su análisis posterior el contenido de los presupuestos que justifican la prisión preventiva, establecidos en los arts. 268 al 270 que responden a los clásicos *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, si debe ser objeto de atención en este momento -dado que la brevedad de esta aportación no permite un estudio detenido ni suficientemente estructurado en los correspondientes apartados-, la ubicación que el CPP confiere a la medida en el seno de un sistema que la considera auténticamente excepcional, no ordinaria.

2.2 La prisión provisional como alternativa excepcional.

La regulación que efectúa el CPP de la prisión provisional, los límites expresos para su adopción, su supeditación a la concurrencia de condiciones legalmente impuestas, así como a la constatación de una auténtica necesidad, permiten afirmar que la medida, en Perú, responde a las exigencias derivadas de su necesaria consideración como excepcional.

Solo puede decretarse la prisión preventiva si se dan determinadas condiciones en el caso concreto. En primer lugar, que exista una imputación penal por delito castigado con pena superior a cuatro años de privación de libertad; en segundo lugar, que concurra en el caso un peligro concreto y fundado de los expresamente señalados en el art. 268; y, por último, que, aun coincidiendo todos estos extremos, la prisión provisional sea absolutamente necesaria para conjurar tales riesgos, siendo así que si los mismos pueden alcanzarse mediante otras medidas menos gravosas para los derechos del imputado, a ellas habrá que acudir prescindiendo de la restricción de la libertad.

No basta, pues, ni siquiera con la constatación en el caso de las circunstancias previstas en el art. 268 para que proceda la prisión preventiva. La concurrencia de riesgos no autoriza la adopción, sin más, de una cautela tan grave como la prisión provisional. Así se

desprende del tenor literal del art. 287,1 que, muy acertadamente, dispone como medida ordinaria la comparecencia con condiciones ante situaciones en las cuales los fines previstos en el mencionado art. 268 pueden «razonablemente evitarse» a través de las restricciones menos intensas en los derechos del imputado que aquella que supone siempre la privación absoluta de libertad.

En suma, pues, la prisión provisional nunca podrá ser adoptada de forma automática, ni siquiera particularizada si no se evidencia en el caso su absoluta necesidad y la imposibilidad de garantizar el proceso mediante otros mecanismos, legalmente previstos y menos gravosos para los derechos del imputado.

El Juez, puede, pues, adoptar determinadas y variadas medidas atendiendo a la concurrencia de determinados presupuestos y condiciones. Tales resoluciones son las siguientes:

a) *La prisión provisional.*

La prisión preventiva puede acordarse exclusivamente cuando el sujeto este imputado por la comisión de un delito sancionado con una pena superior a cuatro años de privación de libertad, concurra un concreto y fundado peligro de fuga u obstaculización de la investigación y, adicionalmente, no sea posible conjurar estos riesgos a través de la comparecencia restrictiva.

La ausencia de cualquiera de estos requisitos hace imposible su adopción, siendo necesario acudir a cualesquiera otras de las medidas establecidas en la ley.

Obviamente, tal y como dispone el art. 254, el auto que disponga la resolución se habrá de motivar de manera detallada en cada una de las exigencias normativamente impuestas.

De igual modo, podrá decretarse, cuando acordada la ya mencionada comparecencia restrictiva, el imputado incumpla las limitaciones impuestas en la resolución judicial,

siempre y cuando, obviamente, subsista el peligro que la fundamenta y la agravación sea solicitada por el Fiscal.

b) La comparecencia restrictiva.

Los fines que se quieren conseguir mediante la adopción de medidas cautelares consisten siempre en la evitación de la fuga del imputado a los efectos de asegurar su presencia a lo largo del proceso, así como impedir la obstaculización de la investigación y el hallazgo de elementos de prueba que podrían hacer frustrar la resolución definitiva que se haya de pronunciar.

Y a este respecto, es innegable que existen medios para garantizar un proceso adecuado y el cumplimiento de sus funciones que, no necesariamente, pasen por la privación de libertad del inculcado. De este modo, determinadas restricciones a la libertad de movimientos, el establecimiento de una residencia obligatoria, la prohibición de acudir a determinados lugares o de comunicarse con testigos o coimputados, así como, la clásica de la prestación de caución y la presentación ante el tribunal en días y horas señalados, son mecanismos que, si se asegura su cumplimiento, verifican eficazmente aquellos fines y evitan los efectos indirectos que toda privación de libertad comporta.

Nadie puede negar, en este sentido, que la prisión provisional, en si misma considerada, no limita sus consecuencias perjudiciales al imputado privado de su libertad, sino que va mas allá. Así, la falta de libertad siempre comporta una merma en el ejercicio del derecho de defensa, dado que la relación con el Defensor queda supeditada al régimen penitenciario aunque este sea especial. También afecta a las relaciones familiares del preso, el cual pierde su trabajo, sus ingresos, lo que tiene una influencia directa e inmediata en el propio sostenimiento económico de su esposo/esposa e hijos. En definitiva, produce efectos perturbadores que exceden a la ya grave de por si pérdida de libertad. Y todo ello sin hablar de los efectos criminógenos que suele comportar, especialmente en jóvenes primarios.

Por esta razón, las medidas establecidas en el art. 288, combinadas si es necesario con los procedimientos técnicos de control previstos en el art. 287, deben considerarse siempre absolutamente preferentes a la prisión provisional. Una opinión distinta no es compatible con los principios que inspiran un régimen democrático y humanista.

La comparecencia restrictiva podrá acordarse cuando se den las siguientes circunstancias:

- Que concurren los presupuestos relativos al *periculum in mora* previstos en el art. 268, es decir, un concreto peligro de fuga o de obstaculización de la investigación.
- Que el imputado lo sea por la comisión de un delito que no esté penado con una sanción leve, en cuyo caso siempre correspondería la comparecencia simple, si bien tampoco se exige que sea superior a cuatro años de privación de libertad.
- Que lo solicite el Fiscal, ya que no puede ser acordada de oficio por el Juez sin expresa petición conforme a lo dispuesto en el art. 255.1.

Distinto es el caso de que el Fiscal solicite prisión preventiva y el Juez considere que, aún concurriendo los presupuestos de la misma es procedente una medida menos intensa. Una lectura integral de los arts. 255, 286 y 287, autoriza a concluir que, en tales situaciones, podrá el Juez, de oficio, inclinarse por imponer la comparecencia con restricciones aunque no hubiera sido expresamente solicitada.

c) La comparecencia simple.

Consiste la medida en la orden de comparecer ante la autoridad judicial o fiscal las veces en que el imputado sea llamado.

Será de aplicación en todos aquellos casos en que:

- No concurren los presupuestos que justifican la prisión preventiva o la comparecencia con restricciones, tanto la gravedad de la pena, de acuerdo a los fines cautelares dispuestos en el art. 268.
- Aun concurriendo tales presupuestos, si la pena asignada al delito es de carácter leve procederá siempre la comparecencia simple, ya que el principio de proporcionalidad impide una extralimitación de este tipo.
- De la misma forma, procederá cuando el Fiscal no solicite la prisión preventiva, ni la comparecencia con restricciones, en cuyo caso el Juez solo podrá acordar la simple (art. 286) aún cuando estime la necesidad de otra resolución más gravosa.

La infracción de las obligaciones derivadas de esta orden no podrá en ningún caso transformar la medida en comparecencia con restricciones o en prisión provisional si no concurren los motivos que justifican una u otra, ya que ello supondría un exceso injustificado, una sanción penal inadmisibles y desproporcionada. Como establece el art. 291, sólo podrá acarrear la orden de conducción compulsiva por la Policía para la realización del correspondiente acto.

Cuestión distinta es que, durante la tramitación del procedimiento, se dieran o verificaran los presupuestos que justifican la prisión preventiva (art. 279) o la comparecencia con restricciones, caso en el cual podría acordarse una de estas dos resoluciones siempre previa petición del Fiscal, nunca de oficio.

d) El impedimento de salida.

Constituye esta una medida, regulada de forma independiente, pero con importantes coincidencias con las restricciones a la libertad establecidas en el art. 288, por lo que conviene proceder a su definición e individualización.

En efecto, si se analizan los arts. 287 y 288 por un lado y el art. 295, por otro lado, pueden aparecer problemas de cierta entidad que deben ser solucionados mediante una interpretación adecuada y conjunta.

El impedimento de salida no constituye una medida cautelar que responda a la totalidad de los fines expresos en el art. 268, sino que se limita al cumplimiento de la función de asegurar la indagación de la verdad. No se trata, pues, de que se evidencie un peligro proveniente del imputado de obstaculización de la investigación, sino de la necesidad de proceder a una limitación de ciertos derechos del imputado o de un testigo importante para garantizar la investigación de los hechos objeto del proceso. El hecho de que pueda ser acordada frente a testigos es motivo suficiente para comprender la diferencia existente entre el impedimento de salida y la comparecencia con restricciones.

Mas aún, esta última, la comparecencia con restricciones, comprende, aunque no se mencione expresamente en el art. 288, la prohibición de salida del país, ya que, la obligación, cuando proceda, de no ausentarse de una determinada localidad, obviamente, absorbe aquella mas concreta.

En suma, pues, el impedimento de salida consiste en una medida cautelar, pues cautelar es su finalidad, independiente de la comparecencia con restricciones, cuya finalidad exclusivamente se limita a asegurar la investigación, aunque el peligro de obstaculización no provenga del imputado y que es incompatible con la prevista en los arts. 287 y 288 que, si proceden, excluye a esta más definida y particular.

Será posible, pues, acordar el impedimento de salida y las prohibiciones que comporta, previstas en el art. 295, cuando sea necesario para asegurar la indagación de la verdad, la pena solicitada para el delito investigado sea superior a tres años de privación de libertad y la limitación de movimientos del imputado o de un testigo importante devenga imprescindible para dicho fin.

Es excepcional, de modo que su duración ha de limitarse a los plazos máximos previstos en el art. 296, siendo así que, cuando se trata de los testigos, aunque la norma autorice una restricción no superior a treinta días, este plazo habrá de considerarse excepcional y siempre y solo tornado en consideración cuando, por circunstancias excepcionales, no sea posible en un plazo inferior e inmediato practicar la prueba como anticipada.

e) La detención domiciliaria.

La regulación de la detención domiciliaria prevista en el CPP peruano no constituye una medida alternativa estrictamente hablando que, como tal, hubiera de acordarse en aquellos supuestos en que los fines de la prisión preventiva pudieran alcanzarse de modo menos gravoso para el imputado. En realidad, analizando su previsión legal, se está en presencia de una medida sustitutiva acordada cuando, por razones humanitarias, es conveniente establecer un régimen de privación de libertad más apropiado a las condiciones objetivas o subjetivas del inculpado.

En efecto, esta resolución es procedente sólo cuando concurren los motivos que habilitan el acuerdo de la prisión provisional (art. 268) y, además, no sea posible el cumplimiento de aquellos fines mediante otra medida alternativa. Conforme establece el art. 290, la detención domiciliaria se aplicara, imperativamente, como fórmula sustitutiva en aquellos casos en que, correspondiendo la prisión provisional, concurren razones, tales como la edad del imputado, su salud o la gestación de la mujer, que impongan un especial deber de atención al sujeto pasivo del proceso.

No obstante, la propia norma, consciente de las dificultades que entraña la detención domiciliaria, obliga al Juez a valorar si esta, incluso adoptada con el consiguiente control policial o administrativo, es suficiente para salvaguardar los riesgos que se deben prevenir, de modo que, aun cuando se verifiquen en el caso las condiciones personales que avalan la detención domiciliaria, se acordara la prisión provisional cuando aquella no garantice plenamente los objetivos cautelares.

La detención domiciliaria, se insiste, no es una medida alternativa, sino sustitutiva, porque su naturaleza es siempre subsidiaria de la prisión provisional.

f) La caución.

El art. 289 prevé también, como medida preferente a la prisión provisional, la prestación clásica de caución dirigida a asegurar la presencia del imputado en el proceso.

El citado precepto ha de ponerse en relación con el art. 288, de modo que la caución constituye una de las restricciones previstas en dicha norma. Esto significa que solo es posible su exigencia cuando concurren los presupuestos que condicionan la adopción de la comparecencia con restricciones, no en el resto de casos.

No obstante, es importante destacar que la caución solo garantiza la presencia del imputado o, lo que es lo mismo, tiende a evitar la fuga de aquel. No sirve, por tanto, para evitar la obstaculización de la investigación en tanto la pérdida de la caución derivada de ese peligro podría conducir a una peligrosa confusión entre un determinado deber de lealtad procesal del imputado, siempre limitado y una posible y prohibida exigencia de colaboración activa en su condena. Cabe destacar, en este sentido, el art. 146 del CPP de Chile que relaciona directamente la caución con la estricta finalidad de aseguramiento de la presencia del imputado en el proceso. Más aun, en ciertos delitos económicos, la relación entre caución y persecución podría comportar cierta confusión material y cuantitativa, incluso acuerdos o ventajas que hicieran al imputado preferir la pérdida de la fianza a cambio de obtener su absolución. Con ello no se quiere afirmar que la prestación de caución y la comparecencia con restricciones no sea una medida adecuada para el aseguramiento del proceso ante este tipo de delitos, sino que debe actuarse con la debida atención ante las posibilidades, más ciertas, de los imputados en estos casos de evasión y obstaculización de elementos de prueba, así como de su capacidad económica y de la mayor facilidad para desprenderse de determinadas cantidades.

III. PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD

La prisión preventiva, así como el resto de medidas cautelares penales, a excepción de la detención policial o el arresto ciudadano, siempre provisionales, deben ser acordadas por una autoridad judicial, al entrañar una limitación de derechos fundamentales. Nunca, pues, ni siquiera preventivamente, puede el Fiscal o la policía acordar una medida o medidas tan graves para la libertad del imputado. En este punto, como disponen los arts. 254 y 255, no cabe delegación alguna.

Empero, la jurisdiccionalidad, en un sistema procesal en el que la investigación se confiere al Ministerio Público y en el que el Juez es, esencialmente, de garantías, debe preservar la imparcialidad absoluta de este último, ya que sería un contrasentido atribuir los actos de parte, especialmente la prisión provisional que siempre, al final, se traduce en una anticipación de la pena, a la parte acusadora y permitir al Juez que restringiera la libertad de oficio o, lo que es lo mismo, que adoptara decisiones que siempre se resuelven en una anticipación de la sentencia condenatoria.

Es por este motivo por el cual el art. 255 establece como principio general y rector, bajo el cual debe interpretarse cualquier laguna legal de forma restrictiva, que cualquier medida cautelar penal de carácter personal exige la previa petición del Fiscal, así como que al Fiscal y al propio imputado corresponden la competencia para solicitar la reforma, revocación o sustitución de dichas resoluciones cautelares.

Ahora bien, siendo estos los principios, es obvio que deben ser matizados a la luz de lo establecido en el apartado 2 del mencionado art. 255 que autoriza la reforma, de oficio, de los autos que acuerden medidas de esta naturaleza, así como del art. 256 que parece autorizar una agravación de oficio de las medidas cuando el imputado incumpla las menos gravosas.

No existe, aunque pueda parecer lo contrario, o, en todo caso, sería prácticamente mínima, contradicción alguna entre los diferentes apartados de esta norma, ni tampoco

entre estos preceptos y otras disposiciones, como las previstas en los arts. 274, 276, 279 y 291. Ninguno de estos artículos, bien entendidos, autoriza a la autoridad judicial a que, de oficio, pueda disponer medidas cautelares penales personales o pueda agravar, de la misma forma, la situación del imputado. Pero es más, la aparente contradicción existente entre los arts. 255 y 256 queda superada por la expresa redacción de estos últimos preceptos que excluyen la reforma agravatoria de oficio. Siendo ello así, el art. 256, a salvo lo dispuesto en el art. 291, carece de desarrollo legal general y deviene una norma inaplicable.

Cualquier agravación de la situación personal del imputado, pues, provenga de la aparición de razones que la pudieran justificar o del incumplimiento de las condiciones o del régimen de cumplimiento de una medida anteriormente impuesta, exige la petición expresa del Fiscal. Si esta solicitud no se produce, el Juez estará imposibilitado para acordarla de oficio. Ni siquiera puede decretarla provisionalmente en casos de urgencia. No forma parte de su núcleo de competencias y responsabilidad.

Así, la infracción de las restricciones del art. 288 nunca habilitará al Juez a decretar de oficio la prisión preventiva, ya que el art. 279 la supedita a la previa petición del Fiscal, al igual que hace el art. 287.3.

De la misma forma, la agravación de la responsabilidad penal o la aparición de riesgos legalmente protegibles, tampoco autorizara una actuación judicial de oficio. Esta posibilidad no esta prevista en el art. 256 que se limita a los supuestos de incumplimiento, por lo que sería de aplicación la regla general prevista en el art. 255.1.

En definitiva, pues, si el acuerdo de una medida precisa siempre de una petición del Fiscal mediante un determinado procedimiento, su modificación agravatoria, por lógica se habrá de tramitar a través del mismo procedimiento; otra conclusión, en aquellos casos en que la norma no dispone expresamente mecanismo alguno para la alteración de la situación del

imputado, supondría tanto como permitir una actuación judicial, incompatible con su imparcialidad y sin cauce legalmente establecido al efecto.

Por el contrario, sí podrá el Juez, de oficio, adoptar medidas menos gravosas que las solicitadas por el Fiscal, reformar o sustituir las decretadas por otras menos intensas, ya que esta conducta forma parte de sus competencias garantizadoras de los derechos del imputado. Así se deduce de lo dispuesto en el art. 286 que autoriza al Juez a decretar la comparecencia simple si considera improcedente la prisión preventiva solicitada, norma también aplicable a los casos en que se pida la comparecencia con restricciones.

Confuso resulta, a la vista de lo dispuesto en el art. 286 citado, que el Juez pueda acordar la comparecencia con restricciones si el Fiscal solicita la prisión preventiva. La norma parece obligar a que se decrete la comparecencia simple si el Juez considera que no es procedente la prisión preventiva. Esta conclusión sería errónea debiendo analizarse con más atención el precepto.

La norma, únicamente, obliga al Juez a adoptar la comparecencia simple si no concurren los presupuestos previstos en el art. 268 que, como es sabido, son los mismos que habilitan para el acuerdo de la comparecencia con restricciones salvo la gravedad de la pena imponible. Es decir, el Juez no puede resolver una medida cuando no se verifican las condiciones legalmente exigidas.

Por el contrario, nada se opone a que, solicitada por el Fiscal la prisión preventiva y concurriendo los presupuestos del art. 268, pueda el Juez ordenar la comparecencia con restricciones al considerar suficiente la misma para prevenir los riesgos que justifican la cautela. Es mas, así lo dispone expresamente el art. 271.4 que no admite lugar a dudas.

IV. LA PROVISIONALIDAD

La prisión provisional debe limitarse temporalmente con el fin de evitar que llegue a confundirse, materialmente, con la pena que en su momento y eventualmente se imponga

al acusado. En este sentido, y al margen de los riesgos reales que podrían sucederse de una prisión preventiva cumplida cuando la sentencia fuera absolutoria o la condena lo fuera a un tiempo inferior, es común afirmar que a mayor duración del proceso y de la prisión provisional, mayor es la afectación de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia.

Por esta razón, la medida debe siempre sujetarse a plazos máximos, no mínimos, cuyo cumplimiento origine la inmediata puesta en libertad, debiendo el Estado correr con los riesgos derivados de un defectuoso funcionamiento de la Justicia o de su falta de diligencia en la investigación de los hechos.

A su vez, la medida cautelar, por ser de esta naturaleza, ha de ser revisada cada vez que se modifiquen o alteren las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su acuerdo, tanto las referidas a la imputación, como las atinentes a los concretos riesgos que se quieren prevenir con ella. A este respecto ha de tenerse en cuenta que, cuanto mayor es el tiempo transcurrido en prisión, menores son las posibilidades de que el imputado incurra en conductas evasivas u obstruccionistas. Las primeras, por la certeza de la sentencia; las segundas, por cuanto, tras una larga actividad procesal, la investigación suele estar cumplimentada en su casi totalidad.

4.1 La cláusula *rebus sic stantibus*.

Esta tradicional cláusula viene a consagrar la necesidad de reforma de las medidas cautelares cuando se alteren las circunstancias tomadas en consideración para su adopción. El art. 255,2 la consagra de forma expresa, si bien parece faltar en el CPP una norma que obligue a una revisión judicial, periódica, de la situación personal del imputado.

El Juez podrá, pues, proceder a reformar los autos de prisión, de oficio, en cualquier momento que considere que han variado las condiciones que justificaron su adopción, siempre que, a tal efecto, disponga la libertad o una medida menos gravosa.

Del mismo modo podrá el imputado solicitar la modificación de su situación o la cesación de la prisión preventiva (art. 283).

Por su parte, el Fiscal podrá pedir la modificación agravatoria de las medidas impuestas, pudiendo el Juez acordarlas tras la verificación de su necesidad, de las condiciones legales y de las razones que justifican el incumplimiento de las ya acordadas o de las nuevamente solicitadas (arts. 276, 279, 287 y 291).

Comentario aparte merece la impugnación de la prisión preventiva, prevista en el art. 278, por cuanto la misma se prevé mediante un recurso de apelación especial, caracterizado por su urgencia y el acortamiento de los plazos comunes a este tipo de recurso (art. 420). En efecto, el imputado frente al cual se pronuncie un auto de prisión podrá deducir frente al mismo recurso de apelación, el cual deberá ser resuelto por la Sala Penal en un plazo no superior a cuatro días desde su interposición (veinticuatro horas para su elevación por el Juez de la Investigación Preparatoria y tres días, como máximo para su resolución por la Sala).

Este recurso, a la vista de sus especiales características, se aproxima más a un hípico procedimiento de «Habeas Corpus» (en su sentido originario como protector de la libertad, no de otros derechos fundamentales), pero con la especialidad de otorgar la protección judicial frente a decisiones judiciales, no de autoridades administrativas. Su oportunidad es innegable, toda vez que, si la impugnación de una decisión restrictiva de la libertad no es resuelta de inmediato, puede perder absolutamente su sentido.

El retraso o incumplimiento de los plazos legalmente previstos engendra responsabilidad en los Jueces de la Investigación Preliminar, por no remitir las actuaciones o en la Sala

Penal por no resolver. Nada se dice en la norma de cual sea esta responsabilidad o, por mi desconocimiento de la legislación peruana, no puedo ahora concretarla. En todo caso, a mi juicio, en tanto la dilación afecta a derechos fundamentales, debería ser disciplinaria y grave o muy grave, salvo que se acreditaran circunstancias excepcionales que hubieran impedido el cumplimiento estricto de la ley.

4.2 La duración de la prisión provisional.

Los arts. 272 a 277 desarrollan un apartado esencial en la regulación de la prisión preventiva, que revela, cuando se ajusta a los postulados universalmente aceptados, un proceso acusatorio propio de un Estado democrático. Lejos han quedado los tiempos en que cualquier imputado era automáticamente ingresado en prisión provisional, por tiempo indefinido y solo, en determinados casos, con el límite de la previsible duración de la pena a imponer. Lejos quedan también los tiempos en que la libertad del imputado era la excepción, de modo que las leyes solo permitían su acuerdo cuando el imputado no condenado hubiera cumplido un plazo mínimo en situación de privación de libertad.

La prisión provisional, como medida cautelar, nunca debe equipararse a la pena, ni siquiera, a ser posible, a la que se puede imponer, ya que esta referencia no relega del todo una suerte de equiparación con las medidas anticipatorias de la condena. Solo puede tomarse en consideración la dificultad del proceso y únicamente este dato ha de servir como elemento de análisis. Es obvio que si la prisión preventiva sólo es procedente ante delitos graves, como sucede en Perú (cuatro años de privación de libertad), una determinación temporal que prescindiera del elemento cuantitativo no causara perjuicio alguno al imputado, ya que la posibilidad de confusión entre pena y prisión provisional será imposible.

La regulación de esta materia en el CPP peruano se efectúa, adecuadamente, a través de una estructura que parte de establecer una regla general, unas excepciones, unas reglas de cómputo y unas consecuencias para el caso de agotamiento de los plazos legales.

a) Regla general

Conforme establece el art. 272,1 la prisión preventiva no podrá exceder de nueve meses, cualquiera que sea la pena supuestamente aplicable al presunto delito cometido, así como el riesgo que se quiere prevenir con su acuerdo.

Perú, de este modo, y en lo que puede considerarse un acierto, no toma como referencia, para determinar el plazo de duración de la medida, la gravedad de la pena asignada al presunto delito, con lo que, teniendo en cuenta que la mínima que autoriza la cautela es de cuatro años, se impide cualquier tipo de confusión entre la resolución cautelar y este último criterio.

Si embargo, a mi juicio, no es del todo acertado establecer la misma duración para prevenir un determinado riesgo de fuga o para evitar la obstaculización de la investigación. En efecto, en este último caso, como quiera que es posible una labor inmediata de aseguramiento de los elementos y fuentes de prueba e, incluso, su práctica anticipada, la prisión preventiva debe reducirse drásticamente, mas allá del deber de reforma del auto y acomodarse a las normas del ordenamiento jurídico que imponen la obligación de concentración procesal. Algo parecido a lo establecido en el art. 296.3 para los testigos en los casos de impedimento de salida, hubiera constituido una solución más razonable.

b) Excepciones

La norma contempla hasta tres excepciones a esta regla general, derivadas de situaciones particulares que exigen, igualmente, una respuesta singular.

De este modo, la prisión preventiva podrá mantenerse hasta el límite de dieciocho meses en aquellos casos en que el proceso en el curso del cual se adopte, pueda considerarse complejo. Nada dice la norma, pero, no pueden existir demasiadas dudas al respecto de que esta calificación corresponde hacerla al Fiscal, debiendo aprobarla el Juez.

De la misma forma, cuando se inicie un proceso en principio no especialmente complejo, se podrá ampliar la extensión de la prisión preventiva a dieciocho meses si durante su curso aparecen circunstancias que impriman una especial dificultad o comporten la prolongación de la investigación y, adicionalmente, subsista un especial riesgo de fuga. Es decir, para la prolongación de la medida no bastara la presencia de dificultades en la investigación, sino que, a su vez, será necesario que se mantenga un específico riesgo de fuga. En todo caso, la petición de prolongación corresponderá al Fiscal.

Por último, cuando se haya condenado al preso y este recurra la sentencia, la prisión provisional podrá mantenerse hasta el límite de la mitad de la pena impuesta.

Ni que decir tiene que todos estos plazos son máximos, no mínimos y están sujetos a la regla *rebus sic stantibus*, por lo que la alteración de las circunstancias o la pérdida o disminución de sus presupuestos habilitadores, deben dar lugar a la inmediata puesta en libertad del sujeto o a su sujeción a otra medida menos intensa.

c) El computo de los plazos de la prisión preventiva.

Los plazos previstos como máximos para la permanencia del imputado en situación de prisión provisional se corresponden con la necesidad de verificación por parte del Estado de unas funciones determinadas legalmente, que justifican la situación privativa de libertad. El legislador, pues, en la norma, realiza una ponderación entre los derechos del imputado no condenado, los intereses estatales en el buen fin del proceso y la obligación del Estado de imprimir celeridad a las causas con peso. Con base en estos elementos, dispone una determinada duración a la excepcional privación de libertad de un inculpado.

Ahora bien, cuando el sujeto de la medida, apartándose de su deber de buena fe procesal - que también incumbe a los imputados-, provoca dilaciones maliciosas con el solo objeto de retrasar la tramitación del proceso y, naturalmente, obtener su libertad y con ello

evadirse de la acción de la justicia o impedir la investigación adecuada de los hechos, debe el Estado reaccionar en defensa de la eficacia misma de sus instituciones.

Es por esta razón por la que el art. 275 contempla dos tipos de criterios que tienden a evitar que, una actuación dolosa del imputado pueda pervertir el sentido de las normas.

Así, cuando el imputado o su defensa generen actuaciones que se dirijan a provocar dilaciones, siempre que lo hagan de forma maliciosa, no se tendrá en cuenta, para el cómputo del plazo de la prisión preventiva, el retraso provocado.

Naturalmente, esta regla excepcional esta sujeta a dos requisitos que siempre habrá que interpretar a favor del imputado. Por un lado, que nunca se podrá presumir el dolo o la intención maliciosa, ni entenderla automáticamente por el solo hecho de la realización de ciertos actos con carácter general; muy al contrario, la intención maliciosa debe ser acreditada en cada caso, valorando las circunstancias particulares del mismo. Por otro lado, que bajo ninguna condición podrá ser considerado como retraso malicioso el ejercicio del derecho de defensa, de manera que la petición de diligencias complejas por el imputado, salvo que aparezcan como impertinentes o inútiles -único criterio objetivo de referencia-, siempre deberá ser valorada como lícita.

Igualmente, dispone el apartado 2 de este art. 275 que tampoco se tendrá en cuenta el tiempo transcurrido en prisión preventiva cuando se declare la nulidad de las actuaciones y se dicte un nuevo auto de prisión provisional. A mi juicio, esta disposición, aunque jurídicamente correcta, incurre en una interpretación excesivamente formal de la nulidad y no tiene en cuenta la diversidad de supuestos que conducen a su declaración, algunos de estos supuestos son consecuencia de una actuación irregular de los propios tribunales. Hacer recaer sobre el imputado aquellos defectos que no le son imputables, puede resultar desproporcionado.

d) El transcurso de los plazos máximos.

La regla, prevista en el art. 273, coherente con la naturaleza provisional de la prisión preventiva, no puede ser otra que la excarcelación automática del preso una vez vencido el plazo máximo legalmente previsto, con sus correspondientes, en su caso y si proceden, prolongaciones. No hay posibilidad alguna de ampliar el plazo de prisión provisional una vez que se ha cumplido el máximo previsto, aunque la sentencia no se hubiera pronunciado y aunque se mantuvieran las razones que justificaron su adopción. No cabe, en el Estado de derecho, inclinar siempre la balanza a favor del interés público y hacer recaer sobre el imputado todos los efectos negativos cualquiera que sea el origen de los problemas. Si el Estado no cumple con su deber de celeridad, solo éste debe ser responsable de los mismos.

La puesta en libertad, sin embargo, no significa que el imputado no pueda ser sometido a una medida menos intensa, como es el caso de la comparecencia con restricciones en los casos dispuestos por el mismo art. 273.

El art. 276 establece que la falta de comparecencia a los llamamientos que se hagan al imputado, una vez esté en libertad, significan la revocación de esta situación. Una lectura precipitada del precepto puede conducir a cometer el error de considerar que está autorizando el nuevo ingreso del preso preventivo en prisión provisional. No es esta la interpretación adecuada, ya que, de admitirse, habría que preguntarse por el régimen de la nueva privación de libertad, su duración máxima, sus requisitos etc... Por el contrario, y teniendo en cuenta lo dispuesto en otras normas para el caso de incumplimiento, así como el art. 273 antes comentado, no parece que pueda extenderse esta norma (el art. 276) sino a los casos en los que el imputado no ha agotado el plazo máximo de permanencia en prisión preventiva, única situación en la que, incumplidos los deberes del imputado en libertad, puede ordenarse su nuevo ingreso en prisión provisional. Por el contrario, cuando aquellos plazos se hayan culminado, solo podrá el Juez ordenar, a instancia del Fiscal, la adopción de otras medidas cautelares, nunca la prisión preventiva.

4. 3. La ausencia de límites temporales en el resto de medidas cautelares.

El hecho de que las medidas previstas en el Código, de las cuales la prisión provisional constituye una alternativa, tengan una intensidad más relativa y, por ello, afecten en menor medida a los derechos del imputado, no puede tener como consecuencia su aceptación, más o menos explícita o tácita o la ausencia de regulación en sus aspectos fundamentales. En efecto, se trata en todo caso de disposiciones que limitan la libertad de movimientos del imputado, que restringen los derechos de los cuales es titular; en ocasiones, pueden influir directamente en el ejercicio adecuado de su derecho de defensa, especialmente cuando se prohíban comunicaciones con sujetos determinados. Es por estas razones por las cuales la ley debe establecer límites temporales a las resoluciones prioritarias en el proceso penal para actuar como cautelas, sin que sea admisible su sola sujeción a la regla *rebus sic stantibus*, ni que sea válido atemperarlas a la prevista para la prisión provisional.

Que una medida sea menos gravosa para el imputado no puede dar lugar a la consecuencia de que el Estado haya de aceptarla ilimitadamente o que pueda tramitarse el proceso infringiendo el deber de celeridad.

A este respecto el PSOE, en el año 2002, planteó en las Cortes españolas una proposición de ley de reforma de la prisión provisional que regulaba las medidas, denominadas alternativas, estableciendo una particular duración de todas ellas, de forma y modo independiente a la prisión preventiva. La proposición de ley no prosperó, pero queda constancia de la misma y constituye una propuesta de futuro que debe tomarse en consideración para futuras modificaciones legales.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad constituye un requisito sustancial en la limitación de los derechos fundamentales, razón por la que también es reclamable en materia de prisión provisional al afectar directamente a la libertad de movimientos.

En el ámbito de la prisión provisional, la proporcionalidad tiene una muy especial relación con los requisitos de excepcionalidad y provisionalidad, muchos espacios comunes que, en ocasiones, hace muy difícil una distinción exacta de sus consecuencias. No obstante, conviene delimitar un espacio propio de este requisito esencial y este no puede ser otro que el de los presupuestos que la ley establece como legitimadores de la medida y la naturaleza que, como consecuencia de ellos, se asigne a la prisión preventiva la cual, obviamente, repercutirá en la finalidad asignada.

Si la ley prevé presupuestos adecuados a una finalidad cautelar se podrá hablar de respeto al principio de proporcionalidad, siempre que, a su vez, se excluyan todos los posibles espacios que avalen un análisis no excepcional de aquellos. Si, por el contrario, se introducen valoraciones, tales como el «riesgo de reiteración delictiva», la «alarma social» etc. impropios de una medida cautelar y mas próximos a las de seguridad o, incluso al uso indebido del proceso como instrumento de política criminal, la proporcionalidad será vulnerada y con ello el derecho fundamental.

Nada de esto último se puede decir del CPP peruano en materia de prisión provisional, cuya regulación es respetuosa con su Constitución, con la naturaleza cautelar de la prisión preventiva y, en suma, con el derecho a la libertad.

5.1. El *fumus boni iuris* como presupuesto de la prisión provisional.

Las medidas cautelares, como resoluciones cuya pretensión consiste en asegurar el proceso y la eventual responsabilidad que se declare, deben siempre justificarse en una apariencia que revele una hipótesis razonable de futuro de una condena frente al sujeto privado de libertad. Obviamente, esta afirmación choca frontalmente con la presunción de inocencia; nadie hoy puede negar que la prisión provisional constituye un atentado a dicho derecho fundamental, atentado que se viene aceptando, aunque con ciertos escrúpulos, por ser imprescindible en determinadas y extraordinarias ocasiones.

El *fumus boni iuris*, pues, hace referencia a una apariencia jurídica de responsabilidad del imputado, la cual, en el CPP peruano se concreta en la exigencia de concurrencia en el caso de «fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado».

No basta, pues, aunque la dificultad de concreción de estos criterios subjetivos de valoración es elevada, la concurrencia en el caso de meros indicios escasamente contrastados o de sospechas genéricas; se exigen, pues, elementos de convicción, pruebas directas o indirectas que sean plurales, coincidentes en un mismo resultado y fundadas. Esto tampoco significa que haya de concurrir la misma certeza y datos objetivos que los necesarios para producir una condena, entre otras cosas porque, en un momento inicial del proceso no existen pruebas en sentido estricto. Pero si, en definitiva, un juicio de probabilidad razonable y asentado en criterios objetivos suficientes.

Pero, el art. 286 va más allá en la regulación del *fumus boni iuris* y, coherentemente con el principio de proporcionalidad y la excepcionalidad de la privación de libertad cautelar, impone la exigencia de una determinada gravedad del delito imputado, la cual no podrá ser nunca inferior a cuatro años de privación de libertad. Si la pena asignada es inferior habrá que acudir a una de las varias y suficientes medidas contempladas en el CPP.

En suma, pues, una regulación que debe valorarse muy positivamente en tanto es respetuosa con los derechos del imputado y, a su vez, con los intereses que deben protegerse a través del proceso.

5.2. El *periculum in mora*

El *periculum in mora*, constituye un presupuesto de toda medida cautelar que hace referencia a los riesgos que se deben prevenir para evitar la frustración del proceso derivados de la duración de su tramitación. Si la sentencia se dictara de modo inmediato, es evidente que las medidas cautelares carecerían de fundamento y justificación. Al no ser

así, en ocasiones se impone la adopción de resoluciones que, en el fondo, vienen a anticipar los efectos materiales de la pena.

Y, precisamente, por consistir en auténticas anticipaciones de una pena futura e incierta y que recaen sobre un sujeto inocente, los riesgos que deben prevenirse deben ser aquellos que, estrictamente, respondan a una finalidad cautelar, los únicos que pueden justificar privaciones de derechos de un imputado en este marco. Consciente de esta realidad el CPP peruano se aparta de otras regulaciones, de dudosa constitucionalidad, que contemplan entre los fines de la prisión provisional algunos tan inadmisibles como la prevención de comisión de futuros delitos, más o menos indiscriminados o la satisfacción inmediata de las demandas sociales de seguridad. El CPP peruano contempla como presupuestos habilitantes de la prisión provisional la evitación de la fuga del imputado y el aseguramiento de la investigación, toda vez que el supuesto contemplado en el apartado 2 del art. 268 no es otra cosa que una concreción particular de tales funciones.

a) La prevención del riesgo de fuga.

De modo genérico en el art. 268 y particularizado en el art. 269 contempla el CPP peruano como motivo legitimador de la prisión provisional, la evitación del riesgo de fuga del imputado.

La norma no determina, ni establece criterios tasados cuya concurrencia haya de conducir a presumir el referido riesgo de evasión del imputado, sino que se limita a señalar una serie de criterios que el Juez podrá valorar, individual o conjuntamente para a partir de ellos determinar la existencia o no de riesgo de fuga en el caso concreto. No cabe, pues, una interpretación automática de ninguno de los elementos de referencia establecidos en la ley, ni siquiera la gravedad de la pena por muy elevada que esta sea. Muy al contrario, el Juez debe ponderar todos ellos y su incidencia real y práctica en el caso, debiendo, adicionalmente bajo pena de nulidad de la resolución, motivar su decisión en la forma prescrita por los arts. 254 y 271.3.

El hecho de que se haga referencia a los «antecedentes» en el art. 268.1-c), tampoco puede llevar a la conclusión equivocada de entender que su mera presencia justifica la adopción de la prisión provisional. Los antecedentes y el resto de circunstancias, previstas en el art. 269, tienen un mismo valor. Más aún, dotar de preferencia a los antecedentes comporta siempre una presunción de culpabilidad incompatible con la constitucional de inocencia.

b) Peligro de obstaculización.

-Los criterios para su apreciación.

La necesidad de garantizar la investigación de los hechos constituye un presupuesto estrictamente cautelar, instrumental del proceso y constitucionalmente aceptado.

Debe repetirse lo dicho al comentar el anterior presupuesto, de modo que la apreciación de las circunstancias establecidas en el art. 270 ha de hacerse con referencia siempre al caso concreto, sin que sean asumibles presunciones generales basadas en la naturaleza del delito o en las circunstancias genéricas del imputado.

Ha de diferenciarse en este caso entre la necesidad de asegurar los elementos de prueba materiales y los personales, ya que el análisis es diferente y los requisitos exigibles no coincidentes. En todo caso es fundamental valorar y concluir una capacidad y aptitud del imputado de influir en el hallazgo e integridad de los elementos de prueba, sin que sea suficiente una mera posibilidad genérica y abstracta.

En el caso de elementos de prueba personales habrá que apreciar la real influencia que el imputado pueda tener en testigos, peritos y coimputados. Una mera amenaza es insuficiente, máxime cuando existen mecanismos suficientes en la ley para evitar que se hagan realidad. El Juez debe, por tanto, llegar a la convicción de que el imputado tiene una auténtica voluntad y capacidad para influir directamente o por medio de otros en los sujetos que deben declarar o emitir sus informes en el proceso.

Cuando de pruebas materiales se trate, el análisis judicial no ha de diferir mucho del anterior, y solo será procedente acordar la prisión provisional cuando el imputado tenga una disponibilidad real de tales elementos, de modo que pueda alterarlos o destruirlos. Es evidente que si los documentos están en poder del órgano judicial o del Fiscal, no existirá ese riesgo; lo mismo sucederá si existen copias de los mismos, incluso, cuando se haya practicado la pericia oportuna y se trate de sustancias que deben destruirse.

- La incomunicación de los presos.

Los arts. 280 a 282 regulan la incomunicación como forma de cumplimiento de la prisión preventiva en aquellos supuestos en que la misma se acuerda al objeto de evitar un concreto peligro de obstaculización.

Aunque esta afirmación no conste expresamente recogida en el art. 280, no cabe duda alguna de que la incomunicación, entendida siempre en el marco de la prisión preventiva como medida cautelar y en relación, por tanto, con las funciones que tiene asignadas, solo y exclusivamente puede ser decidida para el cumplimiento de este específico fin, procediendo en aquellas situaciones en que es necesario reforzar la prohibición de comunicación del imputado con personas que puedan influir en las pruebas materiales y personales con influencia en el proceso. Acordar una incomunicación del imputado para prevenir riesgos de fuga carece absolutamente de sentido, de modo que, de decretarse, se estaría frente a una sanción injustificada, una anticipación de la pena y, tal vez, lo que siempre debe evitarse, un medio de presión que bien podría utilizarse para inclinar la voluntad del inculcado obligándole a colaborar en su propia condena.

La incomunicación, pues, solo podrá acordarse cuando sea estrictamente necesaria para asegurar la investigación y prueba y siempre que no sea posible verificar tales resultados a través de la prisión ordinaria y comunicada.

Esta excepcionalidad de la incomunicación aparece con claridad de la redacción ofrecida por los preceptos citados, los cuales, en el marco expuesto, la supeditan a la existencia de indicios por delitos en todo caso graves y limitan su duración a un máximo de diez días, sin posibilidad alguna de prolongación, cuyo transcurso ha de dar lugar al inmediato levantamiento de la restricción de forma automática, sin necesidad, pues, de resolución judicial expresa.

La incomunicación, cuyo régimen no consta, se hace compatible en todo caso con los derechos que al preso se confieren en el art. 281 y, en modo alguno, puede afectar al derecho de defensa, de manera que las relaciones entre preso y Abogado defensor quedan absolutamente garantizadas.

Si la incomunicación tiende a asegurar la investigación, difícilmente podría extender sus efectos a la prohibición de conductas que ninguna relación tuvieran con dicha función, por lo que no hay motivo alguno, salvo que se pretenda una sanción encubierta, para prohibir al preso la lectura de libros, periódicos, revistas etc. o escuchar o ver la televisión. Concluir lo contrario carece de justificación en la incomunicación regulada en el Código Procesal Penal, que constituye una forma de cumplimiento de la prisión provisional y no una consecuencia establecida por las normas penitenciarias derivada de la imposición de determinadas sanciones. No se pueden confundir ambas medidas que nada tienen en común.

El Código peruano opta, igualmente, por garantizar plenamente el derecho de defensa, sin restricción alguna, suponiendo en este punto un avance con respecto, por ejemplo, a lo establecido en el art. 527 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española que niega a los presos incomunicados el derecho a entrevistarse con un defensor de confianza y permitiéndolo siempre con los designados de oficio.

Cierto es que, especialmente en casos de delitos cometidos por bandas organizadas, terroristas o de delitos económicos, los Abogados pueden realizar funciones de

colaboración con la ocultación o eliminación de pruebas o elementos de investigación; pero, esta realidad no debe siempre solucionarse a través del fácil mecanismo de limitar los derechos fundamentales del imputado. Muy al contrario, si un Abogado comete tales hechos ilícitos, la respuesta legal ha de ser la de exigirle la correspondiente responsabilidad, incluso penal, pues el derecho de defensa no garantiza actuaciones contrarias a la ley.

c) La pertenencia a una organización delictiva.

El apartado 2 del art. 268 introduce un extraño supuesto habilitador de la prisión provisional que confunde la pertenencia a organizaciones delictivas con los riesgos genéricos antes mencionados y que, como tal, goza de una muy escasa utilidad, por otra parte nada deseable.

En efecto, constituye motivo para valorar la procedencia de la prisión provisional la pertenencia del imputado a una organización delictiva o la posibilidad de su reintegración a la misma, siempre y cuando, este hecho ponga de manifiesto un especial riesgo de fuga u obstaculización proveniente, no tanto del imputado, sino de los elementos materiales o personales de la banda.

De tal manera, la norma no autoriza la prisión provisional por el mero hecho de estar el imputado integrado en una organización criminal; no se ampara un supuesto peligro de reiteración delictiva que conduciría a la medida a comportarse como una medida de seguridad dudosamente constitucional.

Tampoco tiene la pretensión de reproducir los presupuestos establecidos en el apartado 1, párrafo c) del art. 268, de modo que, si concurre un determinado peligro de fuga u obstaculización, se aplicara la resolución en su forma ordinaria.

La regla excepcional tiene, pues, una aplicación muy restringida y solo opera en los casos en los que, perteneciendo el imputado a una organización criminal o concurriendo la posibilidad de su reintegración en la misma, a su vez, sea la propia banda la que puede proporcionar los medios para facilitar la fuga del imputado al proceso o la obstaculización de la investigación.

Sólo, pues, en este último caso, será aplicable la excepción que, en todo caso, deberá supeditarse a la concurrencia de los fines cautelares expresos en la norma, aunque específicos y motivarse adecuadamente.