



PRESUPUESTOS NO ATRIBUIBLES AL CARÁCTER CAUTELAR DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

Assumptions not attributable to the precautionary nature of pre-trial detention

Nadia Noemí Franco Bazán

Universidad de Panamá

Panamá

nnfbol@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0006-5960-2833>

Recibido: 15 de abril 2025

Aceptado: 11 de junio 2025

DOI <https://doi.org/10.48204/j.centros.v14n2.a7614>

Resumen

El objetivo de la investigación que resultó en el artículo que se presenta fue determinar cuáles son los presupuestos que no son atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional. Por otro lado, el método en que se fundamenta la investigación es documental o de revisión bibliográfica, realizando un análisis jurídico de derecho comparado sobre la aplicación, en diversos países, de presupuestos que no son atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional. Esta revisión documental y de derecho comparado partió del examen de los artículos científicos y textos de reconocidos juristas e investigadores sobre los presupuestos considerados para la aplicación de la medida cautelar: prisión provisional, así como de las sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativas a casos sobre presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional aplicados en fallos de diversos países. En el análisis de los resultados se pudo determinar que los presupuestos no atribuibles al carácter





cautelar de la prisión provisional han sido, en su gran mayoría: la alarma social, la frecuencia, los antecedentes penales del acusado y la gravedad del delito. Todos los autores y normas legales estudiadas de diversos países, así como las sentencias revisadas llevan a concluir que solo hay dos presupuestos legalmente atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional: *periculum in mora* o peligro de fuga y *fumus boni iuris* o título de buen derecho.

Palabras clave: Prisión provisional; alarma social; antecedentes penales del acusado; gravedad del delito; peligro de fuga; título de buen derecho.

Abstract

The objective of the research that resulted in the article presented here was to determine which assumptions are not attributable to the precautionary nature of pretrial detention. The research method is based on documentary or bibliographic review, conducting a comparative law analysis of the application, in various countries, of assumptions that are not attributable to the precautionary nature of pretrial detention. This documentary and comparative law review began by examining scientific articles and texts by renowned jurists and researchers on the assumptions considered for the application of the precautionary measure: pretrial detention, as well as judgments of the Inter-American Commission on Human Rights regarding cases on assumptions not attributable to the precautionary nature of pretrial detention applied in rulings from various countries. The analysis of the results determined that the assumptions not attributable to the precautionary nature of pretrial detention have been, for the most part, social unrest, frequency, the defendant's criminal record, and the seriousness of the crime. All the authors and legal norms studied from various countries, as well as the reviewed judgments, lead to the conclusion that there are only two conditions legally attributable to the





precautionary nature of pretrial detention: periculum in mora or risk of flight and fumus boni iuris or title of good law.

Keywords: Pre-trial detention; social alarm; criminal record of the accused; seriousness of the crime; danger of flight; title of good law.

Introducción

Un sinnúmero de autores coincide en cuanto a que pareciera existir un consenso doctrinal sobre la necesidad de la existencia de la prisión provisional, como un mal necesario. Lo importante de esta postura que reconoce que la prisión preventiva es un mal necesario es que este reconocimiento implica la aceptación de que el uso de este instituto no es lo correcto. Se revisará la opinión de los autores sobre los requisitos legales no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional, como son: la alarma social, la frecuencia, los antecedentes penales y la gravedad del delito. Al respecto, algunos autores han afirmado que el órgano jurisdiccional debe justificar su decisión cuando haya fundamentado su decisión en alguno de estos presupuestos.

En el caso de la prisión provisional, podemos apuntar que en la práctica judicial se necesitan determinados presupuestos no atribuibles al carácter cautelar, para que pueda ser adoptada y que los autores tienen diferentes opiniones a la hora de enumerarlos.

Asencio (1987), considera que:

Los requisitos no atribuibles al carácter cautelar son: la alarma social, la frecuencia, los antecedentes y la gravedad del delito, destaca que tomar en





cuenta esos criterios conlleva también una serie de problemas importantes, ya que pueden implicar una merma en las garantías de los afectados, como luego se verá. (p.86)

Bultrón (1998), asegura que:

Con la ayuda de los antecedentes del imputado, los criterios de la alarma social y el de la frecuencia en la comisión de hechos análogos se deja abierta la puerta para que la prisión provisional pueda adoptarse con el objetivo de dar satisfacción, bien a las demandas sociales de seguridad, bien a la necesidad de aislar al sujeto considerado peligroso, para evitar la comisión de nuevos delitos. (p. 4254)

Phillipe (1997), citado por Sanguiné (2003) señala que: “pareciera existir hace mucho tiempo un consenso entre los juristas por considerar la prisión provisional como deplorable para las libertades —y por ventura también para la coherencia del Derecho—más también como indispensable al orden público.” (p. 107).

Sanguiné estudia los presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional como "requisitos de la prisión provisional que atienden a la función de protección del orden público". (p. 108). Observa que juega un papel importante la presión de los medios de comunicación social: radio, televisión, periódicos y en años más recientes las bien llamadas redes sociales que han jugado incluso roles definitorios para alcanzar hasta la presidencia de países que representan potencias mundiales, como es el caso de los Estados Unidos. De allí que cuando se refiere a "requisitos que atienden a la función de protección del orden público" (p. 109), entra en juego el poder que tienen los medios de comunicación para producir o no, por ejemplo, una alarma social.





Dada la relativa coincidencia en que los requisitos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional son para algunos solo la alarma social y los antecedentes penales del acusado mientras que para otros se incluye también la gravedad del delito y la frecuencia, se tiene como objetivo de la investigación determinar cuáles son los presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional.

Materiales y Métodos

Se ha realizado una investigación documental, la cual ha consistido en la búsqueda y análisis de información escrita sobre el tema puntual de los presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional con el objetivo de establecer relaciones entre posturas y determinar el estado actual de desarrollo sobre la materia.

Tal y como señalan Cázares et al., (1995) citados por Bernal (2016): “la investigación documental depende fundamentalmente de la información que se obtiene o se consulta en documentos, entendiendo por este todo material al que se puede acudir como fuente de referencia, sin que se altere su naturaleza o sentido...” (p. 146)

En concordancia con lo expresado líneas arriba se revisaron los libros, artículos científicos y tesis de connotados tratadistas sobre el tema de la prisión provisional y en particular sobre el asunto particular de la investigación que se realiza: los presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de esta institución. Otros





materiales de apoyo fueron los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este trabajo determinamos los presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional. Analizamos la figura de alarma social como reacción que se produce en la sociedad a la luz de la comisión de un delito; la figura de frecuencia y su vínculo con la alarma social y las figuras de antecedentes penales del acusado y de gravedad del delito, como presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional.

Desarrollo

Alarma social

Según Asensio (1987) “la alarma social es la reacción que se produce en la sociedad cuando ocurre el delito.” (p. 86) De allí que Calvo (1985), expresa, en su momento, cuando estaba en vigor la Ley 10/1984, de 26 de diciembre, que: “la alarma social viene matizada por el calificativo de social, con lo que la prisión provisional tiene, desde ahora expresamente, entre sus finalidades, contribuir a la tranquilidad ciudadana.” (p. 1180)

El concepto de alarma, de acuerdo con la explicación de Asensio (1987)

Se introdujo por primera vez en la legislación procesal española, con motivo de la promulgación de la LECrim de 1882, en su artículo 504.2, con redacción similar y operando en el mismo sentido que lo hace hoy en día. De este modo, se establecía y se establece en el artículo 504.2 la posibilidad del Juez de acordar la libertad, mediante fianza, en los





casos en que la pena señalada al delito imputado fuera superior a prisión menor, salvo que, entre otras cosas, el delito hubiera producido alarma. (p. 125)

Sin embargo, es necesario dejar sentado aquí que la lectura detenida del artículo 504.2 de la LECrim, tal y como ha sido redactado con la reforma de la Ley 13/2009 de 3 de noviembre, que entró en vigor el 4 de mayo de 2010, se observa que se eliminó el concepto de alarma social, aunque se reconozca plenamente que la misma sigue operando en las mentes de los actores del sistema procesal penal.

Por su parte, Sanguiné (2003), estudioso de la prisión provisional, refiriéndose al uso de la alarma social, señala que:

En muchos ordenamientos del Derecho comparado, y entre ellos el español, se prevén motivos de adopción de la prisión provisional que distorsionan gravemente la naturaleza cautelar de esta medida. De entre ellos destaca el 'peligro de alteración del orden público' o alarma social, de orígenes ciertamente muy espurios, pero que permanecen anclados en las legislaciones contemporáneas. (p. 107)

La alarma social, según Sendra (1996) es uno de los motivos de adopción de la prisión provisional que distorsionan gravemente la naturaleza cautelar de la medida. De allí que él opina que:

Sería inconstitucional que la sola alarma social ocasionada por el delito pudiera llegar a desplazar el peligro de fuga, pues por muy respetables que sean los sentimientos sociales de vindicta, la prisión provisional no está concebida como una pena anticipada que pueda





cumplir los fines de prevención, sino exclusivamente para asegurar la presencia del imputado. Por esta razón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien no ha llegado a declarar contrario al Convenio Europeo de Derechos Humanos este motivo de alteración del orden público, sí ha llamado la atención del Juez a fin de que extreme su celo a la hora de revisar de oficio la permanencia en el tiempo, disponiendo la libertad del preso tan pronto como haya desaparecido aquella alteración. (p. 1647)

Algunos autores, como Barreiro (1996) consideran que la alarma social es uno de estos criterios, concebidos como consecuencia de la inseguridad, el desasosiego o el temor que genera en los ciudadanos la ejecución de determinadas conductas delictivas. Al respecto, hace la siguiente observación:

La regulación legal de la prisión provisional acoge algunos supuestos motivadores de la medida cautelar que adulteran y distorsionan su verdadera naturaleza procesal, pues en modo alguno tiene como fin asegurar la tramitación del proceso y la ejecución de la eventual condena, o evitar la ocultación de pruebas, sino que viene a cumplimentar funciones claramente atribuibles a las propias penas o a las medidas de seguridad. (p. 95)

De forma aún más enfática se encuentra la elaboración teórica que hace el jurista colombiano Salazar (1992) relativa a la influencia, podríamos decir que, hasta subliminal, que pueden ejercer los medios de comunicación al establecer, sin así denominarla, una alarma social en torno a un caso delictivo en cuestión, que llevan de la mano al juez a condenar de antemano al imputado, violentando, de esta





manera, los más elementales derechos y garantías constitucionales y el debido proceso. Sobre este punto nos dice el autor que:

No es exagerado afirmar que la Prensa, representada en radio, rotativos, revistas y televisión, administra justicia criminal ya que en los delitos de trascendencia y resonancia condenan moralmente al presunto responsable. Y ese juicio anticipado, proferido por algunos Comunicadores Sociales, portadores aparentemente del concepto de la opinión pública, influye poderosamente en la sentencia que pone fin al proceso. Por regla general en todo acontecer judicial al que los medios dan inusitado despliegue publicitario, el juez no hace más que, consciente o inconscientemente, seguir esa voz pública que clama venganza antes que justicia. En estas condiciones el proceso penal se convierte en una parodia en donde desde el momento en que se abre la investigación el reo está condenado, pulverizándose el principio de presunción de inocencia y violentándose, de manera grotesca, el Derecho de defensa y coetáneamente el debido proceso. (pp. 40-41)

El artículo 20 de la Constitución Española (1978), otorga poderes casi ilimitados a los medios de comunicación sin censura previa no tomándose en consideración que en muchos casos estos derechos de los medios de comunicación están atentando contra los más elementales derechos individuales: derecho a la libertad, derecho a la circulación, derecho a la intimidad e inviolabilidad de domicilio, garantías jurídicas, derechos de la persona y muchos otros. Veamos a continuación lo que expresa la CE sobre la "libertad de expresión":





En este Artículo se reconocen y protegen los derechos; se expresa y difunde libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción; se valora la producción y creación literaria, artística, científica y técnica; se protege la libertad de cátedra; se comunica o recibe libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Además, la ley regula el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades, así como el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. (Constitución Española, 1978).

Amparados bajo la libertad de prensa hay más de un medio de comunicación que ha contribuido a producir o exacerbar la llamada alarma social. Es por ello que Sanguiné (2003) expresa, refiriéndose a la alarma social y la prensa, lo siguiente:

Este concepto es sin duda el más vago de todos. Se trata de un estereotipo cargado las más veces de una carga emocional sin base empírica, pero que requerirá una previa investigación estadística sociológica que midiera el efecto social real que el hecho ha producido. Lo cierto es que la alarma social se medirá por la mayor o menor atención que el hecho haya producido en la prensa. (p. 139)

Las reformas a los códigos procesales de varios países de Latinoamérica pasaron por la crítica insidiosa y diríamos que tendenciosa de los diarios de sus diferentes localidades. En atención a esta movilización de los medios de comunicación según Rodríguez (1996):

Es de resaltar que esta situación se está tratando de superar a través de las diversas reformas procesales penales que se han iniciado en los





últimos años en Latinoamérica, principalmente las inspiradas en el proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988. Pero estas reformas hacia un proceso penal respetuoso de los derechos humanos se enfrentan a otras tendentes a hacer un derecho aún más autoritario, ello como consecuencia de la histeria colectiva ante el aumento de la delincuencia acusado por los medios de comunicación. (p. 111)

En reseñas de La Prensa Gráfica de El Salvador, durante el proceso de reforma del Código Procesal Penal de ese país, citadas por Rodríguez (1996 "el exceso de garantías que conceden a los delincuentes"..."los salvadoreños aún necesitan la dureza punitiva para modificar la conducta". (p. 113). El autor revisó los diarios de la época y encontró que al referirse al tema de la prisión provisional se oponen a que esta medida sea la excepción y no la regla, indicando en términos peyorativos que el prever como causales solamente el peligro de fuga y la obstaculización haría que la mayoría de los imputados estuviesen en libertad.

El Tribunal Constitucional Español se refiere a la alarma social en algunas de sus sentencias y considera que la invocación de la misma, de forma genérica, no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión preventiva. Si se considera que la alarma social es producida por un incremento delictivo que lleva a los ciudadanos a sentirse en un estado de inseguridad, cabe entonces lo expresado por Rodríguez (1996), quien dice que:

Lo que se nota actualmente en Latinoamérica es que luego del abandono de la doctrina de la seguridad nacional, que pregonaba la existencia de una guerra en contra del marxismo que justificaba su combate con la tortura, las desapariciones y las ejecuciones





extrajudiciales, se defiende luego de la caída del comunismo la existencia de una guerra en contra de la delincuencia, en la que se utiliza métodos similares a los que se utilizó durante la vigencia de la doctrina de la seguridad nacional, justificando las ejecuciones extrajudiciales y la tortura. (p. 117)

El irrespeto de las garantías constitucionales que representa la prisión provisional, sobre todo cuando se utiliza al margen de los presupuestos que la justifican, se hace mucho más grave cuando se aplica sólo a los más desfavorecidos como bien lo señala Rodríguez (1996), cuando anota lo siguiente:

Así el abandono de las garantías propias de un Estado de Derecho se propugna solamente en contra de la delincuencia tradicional, representada por los sectores más desfavorecidos económica y socialmente, mientras que con respecto a la delincuencia de cuello blanco, propia de sectores favorecidos, se propugna por un proceso con todas las garantías, sin prisión preventiva, y sin la prisión como pena. (p. 119)

Señala en mismo autor, refiriéndose nuevamente al uso de los medios de comunicación como herramienta manipuladora de la sociedad, lo siguiente:

Puede incluso sostenerse a manera de hipótesis que ante el empobrecimiento creciente que presentan las sociedades latinoamericanas, la ira popular que se desata en contra de los delincuentes tradicionales, fomentada por los medios de comunicación, tiene el carácter de convertirlos en "chivos expiatorios" que sirven como descarga de los problemas sociales existentes. (p. 120)





A continuación, se transcribe lo expresado por Sanguiné (2003), haciendo referencia a la postura del Tribunal Constitucional Español:

Postura adoptada a partir de la STC 66/1997, de 7 de abril, f.j. 6°, y reiterada en las SSTC 98/1997, de 20 de mayo, f.j. 9°, 156/1997, de 29 de septiembre, f.j. 6°; 33/1999, f.j. 6°; 14/2000, de 17 de enero, f.j.6°; 47/2000, de 17 de febrero, f.j. 5°, 8/2002, de 14 de enero, f.j. 6° y 23/2002, de 28 de enero, f.j. 4°. La alusión genérica a la 'alarma social generada por el delito', cifrada en las notas de 'frecuencia y atentar contra la seguridad ciudadana', bien como una genérica referencia al riesgo de fuga, sin referencias a las concretas circunstancias del caso y a las personales del imputado, sobre las que se pudieran sustentar, en relación con los presupuestos legales y consideraciones generales, la justificación de la prisión provisional, impide avalar la constitucionalidad de la medida al no haberse adoptado de forma suficientemente razonada y acorde con los fines de la institución (Vid. STC 14/2000, de 17 de enero, f.j. 5°). Según el comentario realizado por Jimena Quesada, la subjetividad en la utilización de este concepto indeterminado por parte de los Juzgados y Tribunales lleva a que "seguramente un desconocido 'navajero' produzca más alarma social en un pequeño pueblo que un famoso ladrón de guante blanco en una gran ciudad". Suscribiendo en esencia los puntos básicos del voto particular del magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, señala este autor que la alarma social se trata de un concepto indeterminado que sólo excepcionalmente en un (sic) versión muy precisa, puede ser utilizado en el ordenamiento constitucional. La mayoría de las invocaciones de la 'alarma social', a fin de justificar la prisión provisional de alguien, son inconstitucionales. El autor citado añade que la alarma social, entendida y aplicada como lo vienen haciendo en la práctica los Juzgados y Tribunales españoles, se aproximaría a una especie de suspensión individual





de derechos no contemplados en el artículo 55 de la CE. En realidad, el TC debió evaluar si la adopción de la medida de prisión provisional con base en la alarma social era necesaria en una sociedad democrática como la española, superados ya antecedentes tan antidemocráticos como el del hitlerismo en Alemania o el del franquismo en España. Por ello, si se quiere mantener esta anacrónica figura, han de acompañar a la alarma social otros motivos o razones realmente sólidas y convincentes, para no vaciar de contenido esencial los derechos fundamentales en juego: en especial, la libertad personal y la tutela judicial efectiva. (pp. 149-150)

Por otra parte, enfatiza lo que:

Con independencia del correspondiente juicio que pueda merecer la finalidad de mitigación de otras alarmas sociales que posean otros contenidos—la alarma social que se concreta en disturbios sociales, por ejemplo—, y otros orígenes—la fuga del imputado únicamente en la genérica alarma social presuntamente ocasionada por la comisión del delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena—la prevención general— y (so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales), presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa. (p. 150)

De lo anterior se infiere que la alarma social resultante de la comisión de un delito, por sí sola, no justifica la adopción de la prisión provisional como medida cautelar por cuanto se estarían violando principios y garantías fundamentales al atribuir a la prisión provisional fines propios que corresponden a la pena. En





consecuencia, se estaría incursionando en el terreno de las penas anticipadas que no tienen doctrinalmente ninguna cabida en el derecho procesal penal y que violan todo el ordenamiento de los derechos humanos y las garantías constitucionales.

Frecuencia

El concepto de frecuencia, según Asencio (1987), “ha seguido a lo largo de la historia una evolución paralela a la desarrollada por la «alarma» a la cual ha acompañado de manera inseparable.” (p. 129). La frecuencia, conforme Calvo, no aparece limitada territorialmente y se trata de una frecuencia generalizada de hechos análogos. La frecuencia, según Barreiro (1996) es “un concepto esencialmente ligado al de alarma social, dado que si se considera como criterio suficiente para fundamentar la prisión provisional es debido a la inseguridad y desasosiego que esa clase de conductas reiteradas generan en la ciudadanía.” (p. 68). Se considera que la frecuencia es la comisión reiterada de actos delictivos de la misma naturaleza, que causan una reacción social.

Si se parte de la premisa de que la frecuencia en la comisión de un determinado delito produce alarma social entonces se volvería al punto del papel que juegan los medios de comunicación en la percepción que tenga la ciudadanía o los lugareños de una determinada localidad sobre la frecuencia o reiteración. De allí que se coincida con Calvo Sánchez (1985) en cuanto a que la alarma social y la frecuencia van de la mano o como dice ella que la frecuencia ha acompañado de manera inseparable a la alarma. En palabras Rodríguez (1996), el miedo generalizado al crimen o la alarma social “ha sido provocado por las informaciones periodísticas relativas al aumento de la delincuencia violenta.” (p. 122).





A manera de ejemplo de esta situación se considera importante hacer referencia al caso que aporta este autor de una experiencia documentada en 1976 cuando tres diarios de Nueva York (New York Times, New York Daily News y New York Post) y cinco estaciones de televisión de esa localidad informaron sobre un aumento de los crímenes en contra de los ancianos. Las noticias de estos medios dieron seguimiento, caso por caso, durante varias semanas, al punto que en una encuesta realizada para conocer la opinión pública se encontró que un 60% de los encuestados manifestaron que los crímenes en contra de los ancianos aumentaban diariamente. Al preguntar sobre lo mismo a las personas de 50 o más años éstas "expresaron su temor de no encontrarse en la calle con la misma seguridad que un año antes". (p. 124). Paradójicamente, los estudios criminológicos demostraron que en el período de las noticias de los medios de comunicación los homicidios contra los ancianos habían disminuido en 19%. Así, observó el autor que un 28% de las informaciones periodísticas "se referían a las muertes en contra de ancianos, mientras que en realidad dichos homicidios representaban menos del 1% de las estadísticas oficiales." (p. 124). Dada las informaciones equivocadas aportadas por la prensa, sobre la supuesta frecuencia de homicidios de ancianos, no solamente se produjo una percepción distorsionada en la mente de la colectividad y una consecuente alarma social que llevó a que se organizaran reuniones de las comunidades con la policía e incluso proyectos de ley para mejorar la situación.

Otro aspecto importante de la frecuencia es que muchas veces cuando se analizan en detalle las cifras estadísticas, éstas son en gran medida inexactas, ya sea porque no se denuncia el crimen por distintas razones o por otros motivos, se encuentra la situación de que si se aplica como criterio para dictar prisión provisional la frecuencia, no se ha considerado que, por ejemplo, en el caso de homicidios y agresiones sexuales, en un porcentaje que podría llegar al 74%, según investigación reseñada por Rodríguez (1996), estos son perpetuados por alguien cercano o





conocido por la víctima lo que hace que dirigir el temor hacia alguien desconocido es una postura equivocada. Basándose en estadísticas de Costa Rica, indica que:

En el 20% de los casos de homicidio participan personas que tienen relaciones familiares y afectivas estrechas (esposo, concubinos, amantes, madre, madrastra, padre, padrastro, hijo/a; hijastro/a, compadres, concuñados, cuñados, más parteras y niñeras). Si a estos hechos agregamos los ocurridos entre amigos, compañeros de trabajo, inquilinos, conocidos y vecinos, el porcentaje se eleva al 68%. El porcentaje arriba al 71% si se cuentan los homicidios entre compañeros de celda. Si a este porcentaje-dice-le sumamos el 3% que corresponde a los homicidios ocurridos entre enemigos o rivales reconocidos, se llega a la conclusión de que los homicidios llevados a cabo por desconocidos-que son los que generan mayor alarma pública y sentimiento de inseguridad- han quedado reducidos al 26% de los casos. (p. 126)

El presupuesto de la frecuencia aparece recogido en los artículos 503.2^a y 504.2 de la LECrim, y se limita al ámbito territorial del lugar en que se cometen los hechos delictivos análogos. Pero, el que dicho hecho se tomara en cuenta a la hora de decretar la prisión provisional puede generar también notables problemas, especialmente desde la óptica de la presunción de inocencia.

Antecedentes penales

El artículo 503.2 LECrim no solamente logra, como indica Ramos (2010) "colar el fantasma de la alarma social" (p. 277) sino que además establece la





posibilidad de dictar prisión provisional en virtud de los antecedentes penales del imputado. A continuación, lo que señala el referido artículo:

También podrá acordarse la prisión provisional, concurriendo los requisitos establecidos en los ordinales 1° y 2° del apartado anterior, para evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos. Para valorar la existencia de este riesgo se atenderá a las circunstancias del hecho, así como a la gravedad de los delitos que se pudieran cometer. No obstante, el límite previsto en el ordinal 1° del apartado anterior no será aplicable cuando de los antecedentes del imputado y demás datos o circunstancias que aporte la Policía Judicial o resulten de las actuaciones, pueda racionalmente inferirse que el imputado viene actuando concertadamente con otra u otras personas en forma organizada para la comisión de hechos delictivos o realiza sus actividades delictivas con habitualidad.

Del artículo anterior se infieren varias conclusiones. En primer lugar, pareciera que este va dirigido a perseguir el crimen organizado. Asimismo, deja la posibilidad abierta de que se decrete prisión provisional para evitar que el imputado cometa otros hechos delictivos, asumiendo con lo mismo, que el imputado es o podría ser reincidente.

Gravedad del delito

Al hacer referencia a este otro presupuesto no atribuible al carácter cautelar de la prisión provisional, se ha considerado oportuno traer aquí lo que señala el artículo 503.1 1° de la LECrim que a la letra dice:





La prisión provisional sólo podrá ser decretada cuando concurren los siguientes requisitos:

1° Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso.

Si fueran varios los hechos imputados se estarán a lo previsto en las reglas especiales para la aplicación de las penas conforme a lo dispuesto en la sección 2.a del Capítulo II del título III del libro I del Código Penal.

La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha bajado ostensiblemente el límite de la gravedad de la pena de tres años a dos años lo que, al decir Ramos (2010), "lo ha pulverizado como presupuesto objetivo de la medida." (p. 275).

Como se ha visto en los dos últimos presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional, ambos están debidamente desarrollados en los artículos 503.2 y 503.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En estos artículos se establecen claramente cuáles son los presupuestos legalmente atribuibles al carácter cautelar de la prisión provisional que son: peligro de fuga o que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia y ocultamiento o destrucción de pruebas, pero también se expresan en estos otros elementos que pudieran emplearse para utilizar el instituto de la prisión provisional.





Debido al principio de presunción de inocencia, no debería decretarse prisión provisional por la gravedad del delito del cual aún no se ha podido demostrar la culpabilidad del imputado. Sobre este particular, hay criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos tal como la sentencia que acompaña en informe 2/97 de ese organismo que, en su apartado 32, estipula lo siguiente:

Cuando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad.

Conclusiones

Existe consenso entre los diferentes estudiosos de la prisión provisional sobre el hecho de que los presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de esta institución son: alarma social, frecuencia, los antecedentes penales del imputado y la gravedad del delito. Incluso hay autores que critican profundamente la gravedad del delito como criterio y los antecedentes penales del acusado como presupuesto válido.

Otros autores sustentan muy bien con datos estadísticos y sentencias, los fallos equivocados que se han hecho teniendo como fundamento la alarma social la cual como bien indican tampoco es un presupuesto legalmente atribuible al carácter





cautelar de la prisión provisional. Ellos argumentan que la prisión provisional se dicta, en gran medida, para atender demandas sociales de seguridad o de aislar al imputado por considerarlo peligroso.

Se ha puntualizado la lesión a los derechos humanos de los afectados cuando se dicta la más severa de las medidas cautelares basándose para ello en presupuestos no atribuibles al carácter cautelar de la medida como lo son: la alarma social, la frecuencia, la gravedad del delito y los antecedentes penales del acusado. Asimismo, hay autores que refuerzan lo anterior, haciendo énfasis en que la adopción de la prisión provisional fundamentada en estos presupuestos se hace para dar satisfacción a las demandas sociales. Asimismo, se expresan criterios alertando sobre la violación a los derechos fundamentales cuando se utilizan presupuestos no contemplados en las normas para dictar prisión provisional.

Finalmente, llama poderosamente la atención que la mayoría de los autores parecieran coincidir en que la prisión provisional es un mal necesario, aunque reconocen que los presupuestos legalmente aplicables son solo dos: *periculum in mora* o peligro de fuga y *fumus boni iuris* o título de buen derecho.

Referencias Bibliográficas

-
- Asencio, J. M. (1987). *La prisión provisional*. Editorial Civitas S.A. Madrid. 324 páginas.
- Barreiro, A. J. (1996). *La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. ISSN 1134-9670, N°. 18. Madrid.
- Bernal, C. (2016). *Metodología de la investigación: Administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Cuarta edición. Pearson. Bogotá.





- Bultrón P. M. (1998). Incidencia de la alarma social en la adopción de la prisión provisional (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 98/1997, de 20 de mayo)". *Revista General de Derecho*, N° 643, p. 4254.
- Calvo, M. del C. (1985). De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984 de 26 de diciembre. *Revista La Ley*, N° 1. p. 1180.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Informe N° 2/97 de 11 de marzo de 1997*. Disponible en: [https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Informe%20N%C2%BA%202-97%20Informe%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20\(Argentina\).pdf](https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Informe%20N%C2%BA%202-97%20Informe%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20(Argentina).pdf)
- Constitución Española (1986). Biblioteca Jurídica Básica, *Boletín Oficial de Estado, Madrid*.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*. Madrid. 2010.
- Ramos Méndez, F. (2010). *Enjuiciamiento Criminal*. Atelier Libros Jurídicos. Barcelona.
- Rodríguez, J. (1997). La prisión preventiva (límites constitucionales). Universidad para la Cooperación Internacional. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A. San José.
- Philippe, R. (1996). Entre l'ordre et la liberté : la détention provisoire. Deux siècles de débats. *Annales. Histoire, Sciences Sociales*. 51^e année, N. 3, 1996. pp. 694-696; https://www.persee.fr/doc/ahess_0395-2649_1996_num_51_3_410876_t1_0694_0000_002
- Salazar, G. (1992). Argumentos para la libertad de procesado, Editora Jurídica, Medellín.
- Sanguiné, O. (2003). Prisión Provisional y Derechos Fundamentales. Tirant lo Blanch. Valencia.
- Sendra, V. (1996). *La prisión provisional y el derecho a la libertad*. La Ley, N° 6, 1996.
- Sendra, V.; Conde-Pumpido Tourón, C. y Garberí Llobregat, J. (2000). *Los procesos penales*, Tomo 4, Bosch Editorial, Barcelona.

