

# Sobre la llamada “necesidad de cautela”

[Roberto A. Ochoa Romero](#)

## I. El derecho a la libertad personal

Decía Vives Antón que la libertad es la *clave de bóveda* del derecho constitucional.<sup>1</sup> Y tenía mucha razón. La importancia de la libertad como bien jurídico de reconocimiento constitucional es tal que, aún vista desde la perspectiva individual, posee relevancia social. Su jerarquía dentro del conjunto de valores individuales y sociales dignos de tutela legal genera una importante necesidad de protección en sus distintas dimensiones o manifestaciones, porque, como reconoce Del Rosal Blasco, la libertad no es una sola, sino que posee múltiples facetas que se refieren a diversos ámbitos del comportamiento humano con incidencia en el mundo social;<sup>2</sup> así puede hablarse de libertad de prensa, libertad de culto, libertad de movimiento, entre otras.

De manera tal que su necesidad de protección no puede ser superada —lo cual debe ser válido también en términos de proporcionalidad penal—, si no es por la protección de la vida humana.

En nuestro orden continental —y precisamente con respecto a la libertad individual—, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) declara, en su artículo 7o., el derecho a la libertad personal. De conformidad con su texto, el derecho a la libertad personal se desdobra y manifiesta de diversas formas; por ejemplo, en que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”; que “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”, y que “nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”, entre otras.

En el derecho nacional la proclamación del derecho a la libertad (de movimiento) se desprende del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) desde una interpretación armónica, principalmente de los artículos 11; 14, párrafo segundo, y 16, párrafo primero. Así, toda persona que se encuentre dentro del territorio de la República tiene derecho a transitar libremente por ésta sin necesidad de requisito ninguno; el ejercicio de este derecho —dice también el artículo 11— queda subordinado a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad penal o civil. Asimismo, conforme a lo dispuesto en el artículo 14, párrafo segundo, cualquier privación de la libertad personal se encuentra supeditada a los casos y formalidades establecidas en la ley, por lo que cualquier violación a tales

disposiciones legales puede, en principio, acarrear responsabilidad criminal sobre la base de las distintas disposiciones que se ocupan de la protección de ese derecho. Por supuesto, cuando se trate de un mandato de autoridad (competente) que comporte un acto de molestia sobre la libertad individual, éste debe estar debidamente fundado y motivado (artículo 16, párrafo primero).

En este orden, la reforma constitucional que se publicó el 18 de junio de 2008 potenció la protección de la libertad personal y cambió de manera notable la forma de ver (y de entender) las formas legales que permiten su restricción en el marco del sistema de justicia penal. Si bien los artículos 11 y 14 constitucionales no fueron impactados por dicha reforma, las modificaciones que sí produjo sobre el texto de otros numerales de la parte dogmática de la Constitución general del país dan cuenta de esta realidad. Como un buen ejemplo de ello está el artículo 19 de la carta magna nacional.

En efecto, en el artículo 19 se localiza, en su párrafo segundo, una limitante a los casos en los que el agente del Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva (llamada “justificada”), lo que significa que no se trata de una medida cautelar que deba ser utilizada para todos los casos, sino que, en exclusiva, se prevé para aquellos en los que se demuestre que “otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”. De esta manera, la libertad durante el proceso penal constituye la regla general y no la excepción.

## **II. Las formas de conducción del imputado al proceso y la prisión preventiva**

Como se viene observando, la reforma constitucional de 2008 creó un nuevo andamiaje de reglas y principios que permiten darle un tratamiento privilegiado al derecho a la libertad personal durante el proceso penal, lo cual no implica que no existan formas legales a través de las cuales pueda restringirse, lícitamente, este derecho, y deben existir, sin duda alguna, siempre que se modulen bajo un criterio de *ultima ratio*.

En el caso de la prisión preventiva, la exigencia de previo debate debe considerarse un mínimo indispensable para comprometer el derecho a la libertad personal del imputado; sin embargo, esto no acontece con la llamada prisión preventiva oficiosa. De ahí que sobren razones —y que hayan sobrado antes— para que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunciara recientemente en contra de dicha modalidad de la prisión preventiva, declarándola contraria a la Convención Americana.

Pero antes de debatir la procedencia (o no) de la prisión preventiva, se anticipa al inicio del proceso penal otra forma de restricción de la libertad personal que se localiza en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) dentro del conjunto de las llamadas “Formas de conducción del imputado al proceso”. Se trata, concretamente, de la orden de aprehensión.

Esta forma de conducción al proceso constituye, básicamente, un mandato judicial que se expide a solicitud del Ministerio Público y que cuenta con requisitos bien de-

finidos desde el artículo 16, párrafo tercero, de la CPEUM. Su propósito consiste en la búsqueda, localización, captura y entrega de una persona a la autoridad judicial, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

“Artículo 16. [...]”

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.

Así, para que pueda librarse una orden de aprehensión por la autoridad judicial es necesario: *a)* que exista una denuncia o querrela; *b)* que esa denuncia o querrela se ocupe de un hecho que la ley señale como delito, y que éste, a su vez, esté sancionado con pena privativa de la libertad, y *c)* que obren datos que establezcan que ese hecho existió y que sea probable que una persona lo cometió o participó en su comisión.

Evidentemente, dado el tratamiento que ahora recibe la prisión preventiva en el texto constitucional ex artículo 19, párrafo segundo, de la CPEUM, el libramiento y ejecución de una orden de aprehensión no supone, por lo menos no en lo automático, el sometimiento del imputado a la prisión preventiva. Porque en el sistema procesal penal anterior, llamado mixto o inquisitivo, sí podía marcarse claramente esa relación.

En efecto, en el marco del proceso penal anterior, al ser ejecutada la orden de aprehensión, el imputado debía ser puesto a disposición de la autoridad judicial que la hubiera ordenado, siempre en un centro de reclusión y, por supuesto, bajo el régimen de prisión preventiva; sobre todo porque, al ser necesario que se trate de un delito que tenga prevista pena privativa de la libertad para librar una orden de aprehensión, el artículo 18 constitucional (párrafo primero) —con ese mismo requisito— permite el internamiento preventivo en estos términos: “Solo por delito que merezca pena privativa de la libertad habrá lugar a prisión preventiva”.

En este mismo orden —siempre de acuerdo con las reglas del sistema procesal penal tradicional— en el caso de que el delito que se le atribuyera al imputado fuera considerado como grave por la ley, la prisión preventiva se extendería sin remedio por todo el tiempo que durara el proceso. En cambio, para enfrentar el proceso en libertad, hacía falta que el delito no fuera considerado grave por la ley —a pesar de tener dispuesta pena privativa de la libertad—, siempre que se otorgara una garantía por cualquiera de las formas legalmente autorizadas. Así, la libertad personal durante la investigación y el proceso constituía la excepción y no la regla general.

De esta forma, la exigencia de pena privativa de la libertad funcionaba (y funciona) como presupuesto constitucional para el libramiento de una orden de aprehensión y, al mismo tiempo, para justificar la prisión preventiva.

Al día de hoy las cosas han cambiado un poco, pero no porque se hayan modificado los artículos 16 y 18 de la Constitución que ya se han referido y que, por cierto, mantienen su fisonomía, sino por la vía del artículo 19.

Así es, el artículo 16, párrafo tercero, de la CPEUM sigue exigiendo para que pueda emitirse una orden de aprehensión que se demuestre que se trata de un hecho que la ley señale como delito *sancionado con pena privativa de la libertad*. Y para que exista prisión preventiva, según dispone el artículo 18 de la carta magna, también debe tratarse de *delito que merezca pena privativa de la libertad*. Pero, como ya se dijo, es el artículo 19 de la CPEUM el que limita los casos para los cuales puede ordenarse que una persona enfrente un proceso penal en internamiento. Ya no existe, por tanto, la añeja relación o vinculación entre la orden de aprehensión y la prisión preventiva.

La orden de aprehensión, por tanto, se visualiza actualmente como un mecanismo de tránsito que sólo restringe la libertad personal por el tiempo indispensable para poner al justiciable en manos del órgano jurisdiccional que lo requiere. Nada más.

## 1. Un mismo requisito para dos figuras diversas: la necesidad de cautela

El régimen de excepcionalidad que se ha marcado para la prisión preventiva en el artículo 19 constitucional ha sido desarrollado inadecuadamente por el legislador secundario en la ley nacional de rito procesal penal, llegando a contaminar otras instituciones que, si bien están relacionadas y guardan un orden de prelación dentro de los diferentes momentos que integran el proceso penal, no tienen el mismo propósito. De manera particular, se confunden las bases o presupuestos constitucionales de la orden de aprehensión y de la prisión preventiva.

Esto es así porque, como ya se dijo, al día de hoy no existe esa correlación entre la orden de aprehensión y la prisión preventiva; bien puede librarse una orden de aprehensión y, concluida la audiencia inicial, se abra la investigación complementaria manteniendo al imputado sujeto a una medida cautelar diversa, aun cuando se trate de un delito que tenga prevista pena privativa de la libertad. Pero ha sido el legislador secundario quien ha confundido las cosas y ha regulado la orden de aprehensión bajo un aparente esquema de prelación que no prevé el artículo 16 constitucional, y lo que es más, le ha impuesto un requisito que es más cercano a las medidas cautelares y que no reclama la Constitución general del país: la denominada “necesidad de cautela”.

Por principio de cuentas, en el artículo 141, párrafo primero, del CNPP se ha eliminado un requisito fundamental que sí prevé la Constitución y que consiste en que el delito de que se trate tenga prevista pena privativa de la libertad. De esta manera se prevé que el Ministerio Público pueda solicitar —y el juez de control ordenar— la conducción del imputado al proceso mediante citatorio, después mediante orden de comparecencia y, finalmente, aún sin el requisito de la pena privativa de la libertad, mediante orden de aprehensión.

Pero a pesar de que la regulación de las formas de conducción al proceso pueda resultar poco clara, se puede coincidir con que las dos primeras formas de conducción sigan ese orden y esos requisitos, sobre todo cuando se trate de delitos que no tengan prevista pena privativa de la libertad, o bien, cuando ésta sea alternativa, pero no cuando se trate de la orden de aprehensión. La Constitución general de la República es muy clara al marcar los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión.

En segundo lugar, en el mismo artículo 141 del CNPP, además de que se elimina el señalado requisito de la pena privativa de la libertad —el cual no aparece sino hasta su párrafo tercero—, se impone otro requerimiento que no consta en la Constitución y que consiste en que el Ministerio Público advierta que existe (y demuestre) la necesidad de cautela; condición que se exige en el CNPP para cualquier delito cuando se trate de solicitar una orden de aprehensión.

De esta forma el legislador secundario se separa del texto del artículo 16 constitucional y crea un régimen híbrido que lo mismo puede permitir que se emita una orden de aprehensión por delitos que no merezcan pena privativa de la libertad —en contra de lo que prevé la Constitución—, que solicitar un citatorio como forma de conducción al proceso para otros delitos que sí la merecen y que, por cierto, pueden ser delitos de un particular impacto social.

Por lo demás, la disposición parece estar deteniendo la marcha de las fiscalías y procuradurías de justicia del país en ciertos sectores de la criminalidad en los que no conviene titubear. Y es que para solicitar una orden de aprehensión deben enfrentar (y solventar) un obstáculo adicional, no previsto en la Constitución de la República, y que consiste en demostrar la referida *necesidad de cautela*.

En realidad, esa es una cuestión que debe ser debatida, bajo los presupuestos que reconoce el CNPP, cuando deba decidirse sobre la imposición de una medida cautelar; en particular, y de forma indispensable, debe resolverse sobre dicha necesidad de cautela para la imposición de la prisión preventiva, pero ciertamente no para el libramiento de una orden de aprehensión. Porque en el sistema procesal penal acusatorio y oral, el libramiento de una orden de aprehensión no es equivalente ni implica, en lo sucesivo, el internamiento preventivo —aun cuando para los dos casos se requiera de un delito que amerite pena privativa de la libertad—, pero tal parece que el legislador secundario quiere asignarles ese denominador común.

### **III. Una exigencia legal extraviada**

Aquí se ha dicho que la necesidad de cautela no es un requisito que deba exigirse para el libramiento de una orden de aprehensión. Los presupuestos para la emisión de dicho mandamiento judicial de búsqueda y captura ya están bien establecidos en el artículo 16, párrafo tercero, de la CPEUM. Se trata, por tanto, de una exigencia que sólo debe ser predicable con respecto a las medidas cautelares.

En cualquier caso, lo cierto es que el legislador intentó privilegiar el derecho a la libertad personal en todos los momentos del sistema procesal penal vigente, aún a riesgo de pasar por encima de la Constitución. Podrán presentarse excesos, precisamente por pasar encima de la CPEUM; sin duda, en las condiciones que recoge el CNPP, podrán presentarse casos en los que se emita una orden de aprehensión por delito que no merezca pena privativa de la libertad, siempre que se demuestre necesidad de cautela.

La referida necesidad de cautela —vale tanto como decir *necesidad de cuidado o de precaución*— se desprende del artículo 153, párrafo primero, del CNPP que, precisamente, limita las medidas cautelares “por el tiempo indispensable para asegurar la

presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento”. Lo mismo se aprecia en el artículo 19, párrafo segundo (primera parte), de la CPEUM cuando se trata de la prisión preventiva. Ahí se recogen las condiciones que implican *cuidado o precaución* —cautela, en definitiva—, las cuales no están indicadas en la Constitución para el libramiento de una orden de aprehensión.

En realidad, la orden de aprehensión —y así se advierte del conjunto de requisitos que para su emisión recoge el artículo 16 constitucional en su párrafo tercero— está pensada para los hechos delictivos de mayor capacidad lesiva y para garantizar —en un porcentaje aceptable— el inicio del proceso penal en esos casos de mayor gravedad, por eso se ciñe a aquellos que tienen prevista pena privativa de la libertad.

Pero la libertad del imputado durante el proceso no está condicionada, ni mucho menos, a los mismos requisitos. Por eso yerra el legislador secundario cuando coloca como requisito para la orden de aprehensión la necesidad de cautela, cuando en realidad se trata de una cuestión que afecta, en el marco procesal penal actualmente vigente, a las medidas cautelares y, dentro de éstas, de manera especial, a la prisión preventiva.

#### **IV. A manera de conclusión**

La orden de aprehensión no debe requerir para su emisión de demostrar ninguna necesidad de cautela; sobre todo porque esta forma de conducción al proceso no condiciona (ni supone) la prisión preventiva, aún a pesar de que ambas compartan el requisito de que el delito de que se trate tenga prevista pena privativa de la libertad, según se ha visto en los artículos 16 y 18 constitucionales.

La orden de aprehensión, como forma de conducción del imputado al proceso, sólo restringe la libertad personal por el tiempo *estrictamente necesario* para llevar al justiciable ante el órgano jurisdiccional que lo requiere. Pero eso no significa, en automático, que el imputado deba enfrentar la audiencia inicial privado de la libertad, ni mucho menos el proceso. Es por esa razón que la puesta a disposición ya no se realiza, como sucedía en el sistema procesal penal tradicional, en un centro de reclusión.

Es un desatino del legislador incorporar la necesidad de cautela dentro de los requisitos legales para la emisión de una orden de aprehensión. Tal parece que lo que se desea es que, nuevamente, vuelvan a emparentarse la orden de aprehensión y la prisión preventiva, pues, en el escenario que se viene esbozando, terminarían por compartir el requisito de la necesidad de cautela que, por cierto, viene interpretándose por la jurisprudencia prácticamente en los mismos términos para las dos figuras,<sup>3</sup> con excepción de las hipótesis que se refieren a la existencia de otro proceso, o bien, a la preexistencia de una sentencia de condena, ambas por delito doloso (véase artículo 19, párrafo segundo, de la CPEUM). De forma tal que, al demostrarse suficientemente la necesidad de cautela para el libramiento de una orden de aprehensión, al mismo tiempo se tendrían sentadas las bases para solicitar, en su momento, la medida cautelar de prisión preventiva. Algo sumamente lejano a lo que realmente pretendió el Constituyente mediante la reforma de junio de 2008.

En estas condiciones no queda más que aceptar la confusión del legislador —con eco en la jurisprudencia— y apostar por la revisión y adecuación de la normatividad vigente con la finalidad de evitar que quienes hayan cometido delitos de particular impacto social, sancionados con penas privativas de la libertad —sobre todo las de larga duración—, se evadan de la acción de la justicia al tener conocimiento de la existencia de una investigación penal en su contra por virtud de un citatorio.

Porque, al final, de lo que aquí se trata es de procurar el “esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”, lo cual pesa —y pesa mucho— en los delitos que de forma más grave afectan los bienes jurídicos más importantes para el individuo y para la sociedad.

## Notas

- <sup>1</sup> Vives Antón, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 387.
- <sup>2</sup> Rosal Blasco, Bernardo del, “Delitos contra la libertad (I). Detención ilegal y secuestro”, en Cobo del Rosal, Manuel (coord.), *Derecho penal español. Parte especial*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 177 y 178.
- <sup>3</sup> Véase, por ejemplo, la jurisprudencia por contradicción con registro digital 2021956 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.