

Congreso Nacional de Jueces
Del Poder Judicial de la Federación sobre la
Reforma Constitucional en Materia Penal

Temática relativa a:

Orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso

Ponencia:

Requisitos de orden formal para la emisión
de la orden de aprehensión

Elaborado por:

Lic. Leticia del Socorro Cobá Magaña
Juez Cuarto Penal del Primer Departamento Judicial del Estado de Yucatán
Lic. Neana Georgina Domínguez Zapata
Juez Segundo Penal del Primer Departamento Judicial del Estado de Yucatán

Institución de procedencia:
Poder Judicial del Estado de Yucatán

Septiembre, 2008

Requisitos de orden formal para la emisión de la orden de aprehensión

Para el análisis de los nuevos conceptos contenidos en los requisitos para la emisión de una orden de aprehensión, incursionados en el texto de la reciente reforma constitucional, es conveniente que las legislaciones locales, al darles sentido a éstos, atiendan a la pretensión del Constituyente y al contenido legal del precepto constitucional que enuncia las exigencias para el dictado de una orden de captura, no constriñéndose a examinar en forma aislada los motivos expuestos por ese órgano sobre este tópico, sino atendiendo en su integridad a la intención del legislador con la instauración del sistema penal a que se alude en la reforma.

El Constituyente concluyó respecto a la reforma al artículo 16 Constitucional vinculado con los requisitos de la orden de aprehensión:

“Es así que se estiman adecuadas las propuestas legislativas de racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el ministerio público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión, a un nivel internacionalmente aceptado, de manera que baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, sea como autor o como partícipe, para el libramiento de la citada orden; elementos que resultan suficientes para justificar racionalmente que el inculpado sea presentado ante el juez de la causa, a fin de conocer formalmente la imputación de un hecho previsto como delito con pena privativa de libertad por la ley penal, y pueda ejercer plenamente su derecho a la defensa en un proceso penal respetuoso de todos los principios del sistema acusatorio, como el que se propone”.

De lo anterior, resulta claro que el objetivo que el legislador asigna a la emisión de una orden de aprehensión es tendiente a que el inculpado sea presentado ante el juez de la causa (denominación que en el proceso legislativo de la reforma constitucional se advierte que se asigna a la autoridad ante quien se substanciará el juicio oral), ello con la finalidad de hacer del conocimiento del imputado la

acusación que se hace en su contra y los derechos que le asisten en dicho juicio en ese carácter y estar en aptitud de ejercer su derecho de defensa en el proceso.

Aunque pudiese estimarse que su finalidad no se aparta de la que actualmente tiene esa figura jurídica, sino únicamente varía la estructura del sistema penal en que sería aplicado, al examinar a profundidad las razones legislativas que sustentan sistemáticamente la reforma constitucional, da lugar a evidenciar distinciones sustanciales que habrán de ser consideradas al momento de darle sentido, en las legislaciones locales, al contenido legal del artículo 16 Constitucional reformado.

Actualmente, la orden de aprehensión tiene como finalidad hacer comparecer al inculcado ante el juzgador ante quien se radicó la causa, distinguiéndose que éste tiene como consecuencia que, la prisión preventiva que se genera con ese acto, subsista cuando el delito es grave (atendiendo al catálogo que la ley penal tenía sobre aquellos ilícitos que el legislador local consideró tutelaban bienes jurídicos de una grave afectación social) hasta el dictado de sentencia, o bien, tratándose de delitos no graves, la prisión preventiva permanecía en tanto el indiciado no hiciese uso del beneficio de su libertad provisional hasta antes de la emisión de la sentencia, salvo excepciones de procedencia de pedimentos del ministerio público para que el órgano jurisdiccional, en casos de delitos no graves, no otorgara ese beneficio al indiciado, lo anterior sustentado en el artículo 20 Constitucional en vinculación con los supuestos concretados en cada legislación local, circunstancias en las que se advierte que, la orden de aprehensión tenía como constante, la consecuencia de prisión preventiva basada en que los delitos acusados tuviesen como mínimo pena privativa de libertad.

En el nuevo sistema penal, en razón de las reformas a los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución, la orden de aprehensión no genera invariablemente, como consecuencia de ley, la prisión preventiva en base a que el delito acusado tenga como mínimo pena privativa de libertad, ya que ésta queda sujeta, con excepción

de los delitos graves estipulados por la ley cuya prisión preventiva será de oficio, a la petición que el ministerio público haga al órgano judicial y la procedencia de dicho pedimento que dicte la autoridad jurisdiccional, únicamente bajo los parámetros, previstos en el segundo párrafo del artículo 19 Constitucional reformado, el cual dice:

“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando 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. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso”

Ello es así porque el constituyente expuso:

“En cuanto a la prisión preventiva, se pretende que sólo pueda aplicarse cuando 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, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, en contra del libre desarrollo de la personalidad y en contra de la salud, la prisión preventiva se sugiere que se aplique en todos los casos”

En ese contexto legal, habrá de considerarse que, para la procedencia de la orden de aprehensión, con consecuencia de prisión preventiva, deberá previamente haber pronunciamiento, en caso de no tratarse de un delito grave, de que existe la materialización de alguna de las razones a que alude la reforma constitucional, que justifiquen la prisión preventiva del imputado, durante su proceso.

Siendo así, salvo los casos de delitos graves, quedará al arbitrio del Juzgador, previa solicitud de la autoridad ministerial, determinar que el imputado lleve el juicio bajo prisión preventiva, discrecionalidad que quedará delimitada al tener que justificar las razones que a su juicio lleven a estimar resulta una medida cautelar necesaria en el caso particular, bajo alguna de las hipótesis que contempla la reforma constitucional y cuyos alcances se estipulen en las legislaciones locales.

Por otra parte, otro factor para estimar, al momento de resolver el otorgamiento de una orden de aprehensión, es la finalidad trascendente y total que se da a la instauración del nuevo sistema penal, la que se advierte en la exposición de motivos, en la que se hizo valer:

“se propone un sistema garantista, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último”.

Es así que, tratándose la orden de aprehensión de un acto con afectación al imputado, de acuerdo al nuevo sistema penal, la procedencia de la necesidad de esa medida debe partir de la presunción de inocencia que, como garantía, en ese propio sistema jurídico se otorga al imputado en el artículo 20, apartado B, fracción I en la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Siendo así, los parámetros que se utilicen para su emisión, deben generar cierto grado de certeza sobre el delito y responsabilidad del imputado, que permita desvirtuar la presunción de inocencia que debe tomarse como base, tratándose del imputado, por cuanto resulta un acto de afectación a éste que se emite en el nuevo sistema penal.

Es por ello que la interpretación que se dé a los conceptos contenidos en el texto legal del artículo 16 Constitucional, deben revestirse de legalidad que conlleve a garantizar la presunción de inocencia que se otorga al imputado en el nuevo sistema penal.

Así, de acuerdo a la reforma constitucional, los requisitos para la emisión de una orden de aprehensión serán:

- a) Que sea librada por la autoridad judicial.
- b) Que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito.
- c) Que el hecho señalado como delito tenga como sanción pena privativa de libertad.
- d) Que obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho.
- e) Que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Para un mejor entendimiento de las razones que llevaron a modificar los conceptos empleados en los requisitos para la orden de aprehensión, se observa que en la exposición de motivos del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Diputados, respecto a la reforma constitucional, existe un apartado denominado estándar de prueba para librar órdenes de aprehensión, en su parte conducente expresa:

“Durante los últimos 15 años, se han sucedido reformas constitucionales en busca del equilibrio entre la seguridad jurídica de las personas y la eficacia en la persecución del delito al momento de resolver la captura de un inculcado en el inicio del proceso penal, así en 1993 se consideró conveniente incorporar al párrafo segundo del artículo 16, la exigencia de que para librar una orden de aprehensión el juez debería cerciorarse de que se hubiesen acreditado los elementos del tipo penal y existieran datos que hicieran probable la responsabilidad penal del inculcado, incrementando notablemente el nivel probatorio requerido, respecto del anteriormente exigido, lo cual generó que la mayoría de las averiguaciones previas iniciadas con motivo de denuncias o querrelas tuviesen prolongados periodos de integración y que la mayoría de éstas no llegasen al conocimiento judicial, en virtud de no reunirse los elementos requeridos, o que frecuentemente, al solicitarse la orden de aprehensión, ésta fuese negada por el juez.

La referida situación incrementó los obstáculos para las víctimas u ofendidos de acceder a la justicia penal, así como los niveles de impunidad e inseguridad pública. Fue por ello que en 1999, el Constituyente Permanente reformó el segundo párrafo del citado numeral, ahora para reducir la exigencia probatoria al requerir la acreditación del cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal del justiciable, situación que implicaba definir en la ley el contenido del

cuerpo del delito, permitiendo así que cada legislación secundaria estableciera el contenido de la citada figura, imperando la disparidad de criterios e incluso los excesos de las legislaciones, ya que en algunos casos la exigencia fue baja y en otros resultó alta, no lográndose entonces el objetivo perseguido. Esta situación ha venido a coadyuvar en los actuales niveles de ineficacia, de impunidad y de frustración y desconfianza social... El nivel probatorio planteado es aceptado, porque en el contexto de un sistema procesal acusatorio, el cual se caracteriza internacionalmente porque sólo la investigación inicial y básica se realiza en lo que conocemos como la averiguación previa, y no toda una instrucción administrativa como sucede en los sistemas inquisitivos, pues es en el juicio donde, con igualdad de las partes, se desahogan los elementos probatorios recabados por las partes con antelación y cobran el valor probatorio correspondiente, y no ya en la fase preliminar de investigación, como sucede en nuestro actual sistema. Por tal razón, en el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura, en razón de que el ministerio público no presentará pruebas formalizadas que puedan acreditar el hecho y menos la responsabilidad penal del perseguido, ya que en ese caso, no se colmaría el objetivo de reducir la formalidad de la averiguación previa y fortalecer la relevancia del proceso penal y particularmente el juicio. No existe un riesgo de que esta reducción del nivel de prueba necesario para la emisión de la orden de aprehensión sea motivo de abusos, porque existen amplios contrapesos que desalentarán a quienes se sientan tentados de ello, en razón de que el proceso penal será totalmente equilibrado para las partes y respetará cabalmente los derechos del inculpado, de manera que si se obtiene una orden de captura sin que los indicios existentes puedan alcanzar en forma lícita el estatus de prueba suficiente, sin temor a dudas se absolverá al imputado, al incorporarse expresamente a la Constitución principios como el de presunción de inocencia, el de carga de la prueba y el de exclusión de prueba ilícitamente obtenida. Dicho de otra manera, sería contraproducente para el ministerio público solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio, en razón de que ya no tendrá otra oportunidad de procesar al imputado. Por lo anterior, estas comisiones dictaminadoras consideramos procedente atemperar el actual cúmulo probatorio que el juez debe recibir del ministerio público para expedir una orden de aprehensión, de manera que los datos aportados establezcan la existencia del hecho previsto en la ley penal y la probable participación (en amplio sentido) del imputado en el hecho, y no ya la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, que exige valorar las pruebas aportadas desde el inicio del proceso y no en el juicio, que es donde corresponde”.

Ante tales argumentos, el asumir que los conceptos modificados tengan el alcance de reducir el nivel probatorio que actualmente se exige para una orden de aprehensión, no sería acorde a una interpretación integral conforme a la reforma, que es clara en su objetivo total de instituir un sistema penal de corte garantista y,

la idea de disminuir la seguridad jurídica que otorgan la interpretación de los conceptos de cuerpo de delito y probable responsabilidad, exigidos para actos de esa naturaleza, contravendría el objeto principal del nuevo sistema.

Es por ello, que sin apartarse de la finalidad de este nuevo sistema penal, los datos que establezcan el **hecho que la ley señale como delito** y que **exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión**, debe atenderse a su grado de certeza y no al nivel de prueba.

Es así que, el sentido que se dé en las legislaciones locales de los requisitos que constitucionalmente se imponen para la emisión de una orden de captura, deben conservar la misma seguridad jurídica ya obtenida por los gobernados a través de los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, pero con la precisión de que los datos tendientes a materializar los nuevos conceptos incursionados, serán para evidenciar una verdad provisional, susceptible de ser desvirtuada o modificada durante el proceso penal, los datos deberán ser elementos que, no obstante no ser pruebas para el dictado de una sentencia (por así señalarlo la reforma constitucional), permitan evidenciar, en grado de aproximación y no pleno (siendo que la plenitud probatoria sólo atiende a casos de sentencia), la existencia de un hecho delictuoso y la participación del imputado en éste.

Siendo así, no estaremos ante una reducción de nivel probatorio que mermaría las garantías del gobernado, sino del grado de acreditamiento que deban tener éstas para estar ante una presunción fundada de la existencia de un hecho delictuoso y de la responsabilidad del imputado, pero en grado de probabilidad.

No es de pasarse por alto que, el texto legal de la Constitución, al tenor literal del mismo, lejos de trasladar su objetivo de reducir la exigencia probatoria para la emisión de una orden de aprehensión que, como se ha expuesto, en un análisis integral del nuevo sistema penal, debe atenderse a la disminución del grado de certeza, proporcionan una concepción que implicaría la tendencia al

acreditamiento del delito en todos sus elementos constitutivos, propio de una sentencia, por cuanto un hecho delictivo descrito por la ley penal implicaría que los datos aportados dieran lugar a establecer la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Situación que también sería errónea considerar, atendiendo el estado del proceso en que se emite un auto de vinculación a proceso o una orden de aprehensión en el cual todavía estaría sujeto el hecho a comprobación plena ante el Juez de la Causa bajo los principios del nuevo sistema penal, manera en que sí pudiese dar lugar a calificar, con pruebas elevadas a rango pleno, un hecho como delito.

Sin embargo, si se atiende a la exposición de motivos y que la declarativa de la existencia del delito y plena responsabilidad es únicamente en sentencia firme, deberá darse en las legislaciones locales, como sentido a esos conceptos, aquel que conlleve a señalar la conducta delictuosa y la responsabilidad del imputado en la misma en grado de probabilidad.

Por lo que se estima idóneo que por hecho delictivo se entienda: cuando razonablemente los datos de prueba revelen los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera.

En ese mismo rubro, aunque la redacción de comisión o participación en grado de probabilidad del imputado no resulta acertada de acuerdo a la dogmática jurídica, ya que, en materia penal el partícipe también comete el hecho delictivo, su alcance, debe corresponder a que los datos que se aporten evidencien su responsabilidad en el delito en grado de probabilidad, que se logre cuando las pruebas lleven en forma razonable a considerar la existencia de ese grado de acreditamiento.

En cuanto a “datos que establezcan”, no obstante los vocablos, no pierden el carácter de ser pruebas, pues aún cuando en la reforma constitucional se alude a que para efectos de la sentencia solo serán pruebas las desahogadas en audiencia de juicio, ello no impide que tales datos tengan calidad de pruebas, pero con una finalidad diferente, como lo es el acreditar en proximidad el hecho delictivo y la responsabilidad del imputado en éste.

Así podría concluirse que finalmente, la interpretación que se ha dado a los conceptos de cuerpo del delito y probable responsabilidad, serían los acordes para darle el sentido a los nuevos conceptos incorporados en la reforma constitucional para la orden de aprehensión, bajo la perspectiva que el valor legal asignado a “los datos” que finalmente cumplen con el objetivo de probar no sería bajo un estándar de plenitud sino de probabilidad del hecho y la responsabilidad del imputado en éste, con datos que generen esa presunción fundada.

En este tópico es de destacarse que en la reforma constitucional la incursión del sistema de libre y lógica valoración de prueba, es un principio que acorde con la fracción II del apartado A del artículo 20 sólo se impone para el juicio, sin embargo el Constituyente fue omiso en aludir al tipo de sistema que se aplicará para la valoración de los datos que se presenten para librar una orden de aprehensión, por lo que el legislador local deberá implementar en las legislaciones adjetivas en materia penal, el sistema o reglas de valoración de los datos que se aporten para la procedencia de una orden de captura, que lleven a generar condiciones de seguridad jurídica en el gobernado y fundamento en el Juez para su actuar en el otorgamiento de una orden de aprehensión.

Ahora bien, el artículo 16 Constitucional no había tenido modificación alguna desde la expedición de la Constitución de 1917, sino hasta el 4 de septiembre de 1993, que tuvo vigencia su primera reforma, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación un día antes.

Fue en esa reforma que en su nuevo párrafo segundo, atinente a los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión, se sustituyó la parte conducente que decía “de un hecho determinado por la ley castigue con pena corporal”, por la “de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado **cuando menos con pena privativa de libertad**”, esa expresión también fue adoptada en la reforma de 1999, ello fortaleció el principio de legalidad (nullum crimen sine lege), ya que condujo a que, una de las exigencias legales para la procedencia del dictado de una orden de aprehensión, lo era que el delito por la que se emitiera tenga señalada una pena de prisión y no pecuniaria o alternativa (o una u otra pena).

Así, la circunstancia de imponer como requisito constitucional que el delito por el que se emita la orden de aprehensión no sean por aquellos que tengan como sanción la pecuniaria o bien una alternativa (privativa de libertad o multa) revela la percepción de prevalencia de protección de la libertad personal como valor fundamental dentro del sistema penal, incluso con esta visión se advierte la jurisprudencia número 230 visible en la página 131, del Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, con el rubro y texto siguientes:

“ORDEN DE APREHENSIÓN TRATÁNDOSE DE PENAL ALTERNATIVA. Si el delito que se imputa al indiciado, lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 Constitucional.

Con este precedente, importante resulta enfatizar una distinción entre la redacción actual del artículo 16 Constitucional y la del texto reformado, en su párrafo relativo:

“... 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 cuando menos con pena privativa de libertad** y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado...”

“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”.

De la confrontación de ambas redacciones se advierte que, en la reforma constitucional, el requisito consistente en que el hecho que la ley como delito sea sancionado **cuando menos con pena privativa de libertad** fue sustituido por el de que sea **sancionado con pena privativa de libertad**, esto es, fue modificada la exigencia que, para la emisión de la orden de aprehensión, se tuviera como **mínimo** la pena privativa de la libertad, en cuyos términos se puede colegir que dicha omisión conduzca a que, en los delitos que la ley penal establezca una pena alternativa (con sanción privativa de libertad o pena pecuniaria, indistintamente), se colmase ese requisito simplemente por tener entre una de sus opciones la pena privativa de libertad, a pesar de que no necesariamente, en caso de haber condena, se deba imponer ese tipo de pena, por contemplarse la opción de imponer una pena pecuniaria, por lo que importante será que en las legislaciones locales se precise que la orden de aprehensión proceda cuando el delito tenga pena privativa de libertad sin otra alterna a ésta, acorde con el objetivo del nuevo sistema penal de ser de corte garantista y de aplicar la medida cautelar de prisión preventiva como excepción.

Lo anterior, se justifica porque, en los dictámenes del proceso legislativo obra constancia de la pretensión del Constituyente de elevar la protección de la libertad de una persona que tenga el carácter de imputado en el nuevo sistema penal, generando condiciones encaminadas a utilizar la prisión preventiva como último recurso para el cumplimiento de los fines del proceso penal, como a continuación se hace notar con la transcripción de la parte relativa que existe de los argumentos del órgano legislativo:

“Para los efectos de evitar los excesos cometidos hasta ahora con **la prisión preventiva, se acordó establecer el principio de subsidiariedad y excepcionalidad para la procedencia de este instituto**. La aplicación de medidas cautelares, las cuales son auténticos actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas. Esto quiere decir que sólo cuando exista necesidad de 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; cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, procederá la aplicación de alguna medida cautelar de las que prevea la ley. La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados. Este nuevo diseño es acorde con el principio de presunción de inocencia. Diversos procesalistas clásicos y contemporáneos han hecho notar, con razón, la inevitable antinomia que supone afectar los derechos de las personas sometiéndolas a prisión preventiva, sin que antes se haya derrotado su presunción de inocencia en un juicio en el que se respeten todas las garantías del debido proceso. La antinomia es de por sí insalvable, pero para paliarla en alguna medida **se prevé que la procedencia de tales afectaciones sea excepcional**. Otro de los elementos que se debe tener en cuenta es que las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela. Los riesgos mencionados con anterioridad admiten graduación y nunca son de todo o nada, dependerán de cada caso concreto. Por ello es que la necesidad de cautela siempre deberá ser evaluada por el ministerio público y justificada por él ante el juez, con la posibilidad de que tanto el imputado como su defensor ejerzan su derecho de contradicción en una audiencia.

Finalmente, la procedencia de **las medidas cautelares deberá estar regida por el principio de subsidiariedad, de modo tal que siempre se opte por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares. El propósito en este caso será provocar la menor afectación posible**...A la regulación de las medidas cautelares en aquellos casos en los que se trate de delitos graves y de delincuencia organizada se le da un tratamiento diverso. Se pretende evitar que se produzca con el tema de los delitos graves y la delincuencia organizada, lo que hasta ahora ha venido sucediendo, es decir, **que sea el legislador ordinario el que en definitiva decida a qué casos se aplica la Constitución y cuáles requieren un tratamiento excepcional por tratarse de delitos graves o delincuencia organizada**. Debe apreciarse que se requiere una regulación especial de las medidas cautelares cuando se trate de estos casos, sin embargo, las excepciones tienen que estar previstas en el propio texto constitucional, ya que si se hace un reenvío a la ley, inevitablemente se debilita el principio de supremacía constitucional. Cuando por primera vez se creó el sistema de delitos graves para la procedencia de la libertad provisional bajo caución, se tenía el propósito de que éstos fueran excepcionales. No obstante, la experiencia estatal y federal ha mostrado que este sistema excepcional ha colonizado el resto del ordenamiento. Hoy por **hoy existe un enorme abuso de la prisión preventiva**, toda vez que la mayoría de los delitos están calificados como graves por la legislación ordinaria. Con la finalidad de superar este estado de cosas se impone que sea la propia Constitución la que determine aquellos casos excepcionales, para los que bastará acreditar el supuesto material para que en principio proceda la prisión preventiva. El propio artículo 19 constitucional establece la posibilidad de que los ordenamientos procesales de las entidades federativas y de la Federación, incorporen una excepción al diseño normativo de las medidas cautelares y de la prisión preventiva recién explicado. Se prevé que el

juez aplique prisión preventiva para los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios especialmente violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, si el ministerio público logra acreditar, en audiencia, las condiciones exigidas para vincular a proceso por esos delitos”.

En consecuencia, la incursión de esta precisión en las legislaciones locales, como exigencia para la emisión de una orden de aprehensión, se hace necesaria pues de proceder su otorgamiento en un delito con pena alternativa, estaríamos ante un retroceso de seguridad jurídica que ya otorgaba la Constitución y se violentaría uno de los principios del nuevo sistema penal, que lo es la aplicación de prisión preventiva como excepción y la cual debe considerarse bajo el principio de *subsidiariedad y excepcionalidad*.

Es por ello que debe considerarse el fortalecimiento de los derechos de las personas, mediante un adecuado sentido que se dé en las legislaciones locales, que es el objetivo del nuevo sistema penal, de conformidad con proceso legislativo que dio lugar a la reforma constitucional.

Otro dato de relevancia que, como requisitos para la emisión de una orden de aprehensión subsisten, es que debe observarse que su dictado deba ser por escrito, fundado y motivado, por cuanto el primer párrafo del artículo 16 Constitucional no fue reformado, en el que sigue imperando su contenido que dice:

“Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de **mandamiento escrito** de la autoridad competente, que **funde y motive** la causa legal del procedimiento”.

De donde se puede establecer que subsiste que la orden de aprehensión tenga que ser escrita para cumplir con el principio de legalidad en su emisión, así como que su legitimidad esté subordinada a que, quien la emite, esté expresamente facultado por la ley para su dictada, aunado a que, en la parte considerativa de la resolución, la autoridad competente funde y motive esa determinación.

CONCLUSIONES

De lo expuesto se concluye que los requisitos formales para una orden de aprehensión serían:

Primero. Que se acredite el hecho delictivo entendiéndose por tal, cuando razonablemente los datos de prueba revelen los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera .

Segundo. Que se acredite la existencia de la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en la comisión del hecho delictivo, entendiéndose por tal que los datos aportados revelen razonablemente la existencia de responsabilidad, en grado de probabilidad, del imputado en el hecho delictivo que se le acusa.

Tercero. Que proceda cuando el delito tenga pena privativa de libertad sin otra alterna a ésta, acorde con el objetivo del nuevo sistema penal de ser de corte garantista y de aplicar la medida cautelar de prisión preventiva como excepción.

Cuarto. Que sea escrita, acorde al primer párrafo del artículo 16 Constitucional.

Quinto. Que sea fundada y motivada.

Sexto. Que sea emitida por autoridad competente.

