

PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

(ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL
SEGUNDO PÁRRAFO)
¿OFICIOSAMENTE?
¿DEBE JUSTIFICARSE?

● Moisés Omar Ramírez Torres *

* Maestro en Ciencias Jurídico Penales por la Universidad de Guanajuato. Titular del Despacho Jurídico: Ramírez & Asoc. Defensa Penal.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

● **Artículo 19**

Article 19

● **Oficiosamente**

Unofficially

● **Dispositivo**

Device

● **Medida cautelar**

Caution

- Fecha de recepción: 9 de septiembre de 2021
- Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2022
- Página web:

Resumen: La prisión preventiva llamada oficiosa, en la práctica, es interpretada tanto por fiscales como jueces como un pase automático para dictarla, en el caso de los supuestos delictivos que engloba, sin abrir debate para probar que esa medida es la más eficaz para garantizar los fines del proceso, y se ha convertido en una práctica cotidiana por la que diariamente numerosas personas son privadas de su libertad.

El presente trabajo busca dar a conocer con bases objetivas que este postulado constitucional *no es un pase automático por la simple actualización o existencia de los tipos delictivos señalados en el propio precepto, sino una simple facultad inquisitiva para abrir debate* para su imposición cuando el Ministerio Público no la peticione.

Abstract: The so-called unofficial preventive detention, in practice, is interpreted by both prosecutors and judges as an automatic pass to dictate it, in the case of the criminal cases that includes, without opening a debate to prove that this measure is the most effective to guarantee the purposes of the process, and has become into a daily practice by which many people are deprived of their liberty.

The present work seeks to make known on objective grounds that this constitutional postulate is not an automatic pass due to the simple updating or existence of the criminal types indicated in the precept itself, but a simple inquisitive power to open debate for its imposition when the Public Ministry does not request it.

SUMARIO:

I. Introducción. II. Artículo 19 segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde junio del año 2008 a la fecha. III. Exposición de motivos a la Reforma (2008) del artículo 19 constitucional, segundo párrafo. IV. Oficiosidad, ¿Qué significa? V. Prisión preventiva de oficio u oficiosa. ¿Qué es? ¿Qué permite? Estado actual de la discusión. VI. Observaciones de la ONU-DH sobre la regulación de la prisión preventiva oficiosa. VII. Propuesta de reforma. VIII. Nuestra postura. IX. Conclusiones. X. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Con esta investigación se pretende demostrar que lo que establece el artículo 19 constitucional en su segundo párrafo, referente a que el juez de control impondrá *oficiosamente* la prisión preventiva en tipos delictivos ahí enmarcados, *no significa imponerla (medida cautelar de prisión preventiva) sin analizar los requisitos que establece el propio artículo y párrafo en cuestión*. Bajo ese enfoque, responderemos a las preguntas: *¿cuál es el alcance de la palabra de oficio u oficiosamente?* y *¿qué permite?*

La respuesta a tales interrogantes nos dirá *si la oficiosidad tiene límites o basta, como en la práctica se hace*, solo con la clasificación del tipo penal para la imposición de la prisión preventiva.

En nuestra perspectiva, la prisión preventiva que debe dictarse “de oficio” no constituye una excepción al carácter subsidiario, excepcional y proporcional que la propia constitución establece en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional cuando se dice que el Ministerio Público solo podrá solicitar la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima y otros elementos.

En esa primera parte se lee el carácter subsidiario, excepcional y proporcional de dicha medida cautelar, y en la segunda parte el mismo artículo *hace una excepción a esta regla* para que, en el caso de los tipos penales ahí enmarcados, sea el juez quien de oficio (*sin petición de parte*) abra el debate sobre la imposición de la medida, respetando ese carácter subsidiario, excepcional y proporcional de la medida.

Dicho tema es trascendental en la vida práctica del proceso penal acusatorio, en el que a diario se somete a prisión preventiva a numerosas personas al amparo de una interpretación —sostenemos y demostraremos— *errónea del postulado constitucional*.

II. ARTÍCULO 19 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DESDE JUNIO DEL AÑO 2008 A LA FECHA

En la reforma penal del 2008, la figura de la *prisión preventiva oficiosa* quedó inmersa en el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahí se estableció que el Ministerio Público solo podría solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas no fueran suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio, pero también que el juez ordenaría la *prisión preventiva oficiosamente* en los casos de ciertos delitos. Veamos:

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. (CPEUM, 2008: art. 19)

En los años posteriores, el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución ha sido objeto de al menos dos reformas, donde fueron agregados algunos tipos penales para los supuestos en los que el juez podría ordenar la prisión preventiva oficiosamente. Así, en la reforma publicada en fecha 14 de julio del año 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, solo se agregó al ya existente texto constitucional el tipo penal de *trata de personas*, y quedó así:

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, trata de personas, 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. (CPEUM, 2011: art. 19)

En la siguiente reforma, y última hasta la fecha, publicada en el *Diario Oficial* el día 12 de abril del año 2019, se agregaron a los ya existentes los tipos penales de: abuso o violencia sexual contra menores; feminicidio; robo a casa habitación; uso de programas sociales con fines electorales; corrupción, tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades; delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos; delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares; delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Veamos:

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 abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. (CPEUM, 2019: art. 19)

Como ya se advierte, desde la reforma constitucional del año 2008, el legislador estableció, en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, *que el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en ciertos tipos penales que fueron aumentando con las reformas de los años 2011 y 2019.*

Sin embargo, el resto del texto constitucional en análisis permaneció intacto. Es decir, desde la reforma del año 2008 el segundo párrafo del 19 constitucional establece que el Ministerio Público *puede rogarla* 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. Además, establece que, en ciertos tipos penales, el juez de control *debe ordenar oficiosamente la prisión preventiva*.

Lo anterior es la razón por la que, en la práctica, se ha venido interpretando que la prisión preventiva debe imponerse por el juez de manera automática en el caso de los tipos penales contemplados en el señalado precepto constitucional, tema central del presente trabajo.

III. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS A LA REFORMA (2008) DEL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL, SEGUNDO PÁRRAFO

Para poder interpretar el contenido del segundo párrafo del artículo 19 constitucional, debemos recurrir a la exposición de motivos de la reforma del año 2008, debido a que, como lo hemos dejado ver en los puntos precedentes, con las reformas de los años 2011 y 2019 solo fueron agregados otros tipos penales a los ya existentes con la reforma del 2008. Es decir, permaneció *intacta la voluntad del legislador* en relación a la prisión preventiva que, según el texto, debe imponer el juez oficiosamente cuando concurren los aludidos tipos penales.

Por ende, la exposición de motivos a la reforma del 2008 del artículo 19 constitucional *permite realizar una interpretación histórico-teleológica* para buscar las razones que guiaron al legislador a emitir, de esa forma, el texto del segundo párrafo del artículo 19 constitucional y desentrañar su verdadero significado.

En ese sentido, Díaz Aranda (2017), respecto a la interpretación histórico-teleológica, ha señalado que:

Para interpretar una norma penal, se puede recurrir a diferentes formas de interpretación, como la literal, la sistemática y la histórico-teleológica, cada una con diferentes criterios para delimitar los alcances de la ley en su aplicación.

Con la interpretación histórico-teleológica se busca conocer el contexto y las razones que guiaron al legislador al emitir la norma penal, para determinar si las condiciones sociales de ese momento permanecen o han cambiado a tal grado que es necesario ajustar los alcances del texto para seguir preservando el espíritu de la ley y encuadrar debidamente las conductas consideradas como delitos. (p. 36)

Así, la interpretación histórico-teleológica nos guía a conocer el real objetivo de la ley, permitiendo conocer qué es lo que quiso realmente legislador.

Por ello, conocer el contenido de la exposición de motivos que dio origen a la reforma constitucional del 2008, concretamente en lo relativo al segundo párrafo del artículo 19 constitucional, nos dará luz para entender cuáles fueron los motivos del legislador que lo llevaron a establecer que el juez debe ordenar la prisión preventiva oficiosamente cuando concurren los tipos penales ahí enmarcados.

Es decir, desentrañar si efectivamente se quiso, con ese postulado, permitir que en los casos en que concurren esos tipos penales la prisión preventiva, *sin ser rogada*, debe dictarse solo por la existencia o posible de los señalados tipos penales, *dejando de lado los principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad de toda medida cautelar*, como viene realizándose cotidianamente en la práctica.

Con estas razones, podemos reducir la exposición de motivos que dio lugar al segundo párrafo del artículo 19 constitucional, en lo más importante, a lo siguiente:

1. Se reconocen los principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad con el fin de evitar excesos en la aplicación.
2. Que la aplicación de medidas cautelares, como actos de molestia, procederá únicamente cuando exista la necesidad de cautela del proceso o de protección de las víctimas, es decir 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.
3. La prisión preventiva sólo procederá cuando ninguna otra medida cautelar sea suficiente para el logro de los propósitos indicados, acorde con el principio de presunción de inocencia.
4. Respecto a la prisión preventiva oficiosa, se expuso, la pretensión de 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.
5. 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. (Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública, 2008)

Con lo anterior podemos apreciar que el legislador *nunca se refirió a que el juez, sin ningún otro requisito*, como ahora se interpreta, debe imponer la medida cautelar de prisión preventiva solo con la existencia de los tipos penales plasmados en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional. Al contrario, fue específico en señalar que las medidas cautelares deben estar guiadas por los principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad.

Además, se aprecia que el único motivo de plasmar en el texto constitucional la facultad al juez para imponer la prisión preventiva fue evitar el reenvío de la ley. Es decir, la voluntad del legislador no fue que la prisión preventiva se impusiera dejando de lado los aludidos principios de subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad, lo que quiere decir que no es un pase automático para imponerse sin tener en cuenta los principios que deben regir a toda medida cautelar.

IV. OFICIOSIDAD. ¿QUÉ SIGNIFICA?

La polémica del presente análisis la hemos dirigido hacia la palabra utilizada por el legislador, en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional: *oficiosamente*, lo que ello implica y sus alcances.

Ya conocemos que el artículo 19 constitucional, segundo párrafo, está dividido en dos partes. La primera es respecto a la prisión preventiva que ruega al Ministerio Público, y la segunda, sobre la facultad que se le otorga al juez de control para imponer la prisión preventiva en el caso de los tipos penales ahí enmarcados.

Ahora, la palabra *oficiosidad* desde el punto de vista procesal-jurídico resulta ser una facultad que la ley otorga a la autoridad para actuar cuando no existe impulso de las partes interesadas. A ello, en el ámbito procesal, se le conoce como una *facultad inquisitiva de la autoridad*, que deriva de un sistema procesal de esa índole.

Sobre ese tema, Vizcarra Dávalos (2017), a quien adherimos nuestra postura, señala que:

Existen tres modos de impulsar el proceso, según se atribuya a las partes, al juez o se establezca por la ley: dispositivo, inquisitivo y legal, respectivamente.

Al hablar de sistemas procesales, hemos dicho que pueden ser clasificados fundamentalmente en dos: uno, en la que la iniciativa del proceso está reservada a los particulares (sistema dispositivo o acusatorio), y otro en el que se confiere al órgano jurisdiccional (sistema inquisitivo).

En el primero (dispositivo) el impulso procesal corresponde a las partes, fijan los términos de la litis, aportan el material de conocimiento y paralizan o activan la marcha del proceso. Se advierte que el principal efecto del sistema dispositivo es la limitación de los poderes del juez: éste no procede de oficio y sólo conoce el litigio en la extensión que las partes quieran hacerle conocer. (p. 177)

De la misma opinión es Devis Echandía (2015) quien, citando a Tito Carnacini, dice sobre el principio dispositivo e inquisitivo que:

De la consagración en forma exclusiva o simplemente preponderante de uno de estos dos principios en los procesos de cada país, se deducen consecuencias fundamentales para su regulación y estructura.

El principio dispositivo tiene dos aspectos: a) por el primero significa que corresponde a las partes iniciar el proceso formulando una demanda y en ella sus peticiones y desistir de ella; b) por el segundo que corresponde a las partes solicitar las pruebas, sin que el juez pueda ordenarlas de oficio. Tomando en ambos aspectos significa que corresponde a las partes la iniciativa en general y que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni establecer la verdad para saber cuál de ellas tiene razón en la afirmación de los hechos.

El principio inquisitivo por el contrario, por un aspecto le da al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a su alcance, sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios que ellas le lleven o le pidan y por otro aspecto lo obligan a iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales.

... en realidad ninguno de estos dos sistemas o procedimientos se aplican con carácter exclusivo, de suerte que cuando se dice, por ejemplo, que un procedimiento es dispositivo, con ello no quiere significar que es este principio el único que deba gobernar el proceso. (pp. 36 y 37)

Así, en México, aunque (con las reformas del 2008) se buscó la implementación de un sistema dispositivo o acusatorio, encontramos una mezcla de los principios dispositivo e inquisitivo, como es el caso de la facultad otorgada al juez de control en el segundo párrafo del 19 constitucional.

Bajo esa perspectiva, la mezcla del *principio inquisitivo dentro del sistema penal mexicano* permite, en algunos casos, que el órgano jurisdiccional o la autoridad del Estado actúen de oficio.

Con ese enfoque, podemos sostener que cuando el legislador, dentro del sistema penal mexicano, emplea la palabra *oficio* significa que: el órgano jurisdiccional o la autoridad del Estado puede proceder sin petición de las partes bajo ciertas hipótesis señaladas por la ley, *pero no sin los requisitos que la ley establece*.

En ese sentido, José Moisés Vergara Tejada (2007) da un ejemplo de lo anterior cuando señala que:

Una de las características del derecho penal es su carácter oficioso y precisa que ello es porque el Estado tiene la facultad-obligación de investigar de oficio (sin previa petición de alguien) todos los hechos presumiblemente delictuosos de los que tenga conocimiento, siendo la excepción a esta regla, aquellos hechos que para su investigación la ley requiera de una acusación, denuncia o querrela de parte legitimada. (p. 23)

Un supuesto similar a la prisión preventiva oficiosa que clarifica nuestra posición es el caso de la reclasificación del tipo penal tanto en el auto de vinculación a proceso como en la emisión de la sentencia en juicio oral, siempre y cuando los hechos, imputados y acusados respectivamente por el Ministerio Público no varíen.

Tal supuesto es otro caso en el que la autoridad jurisdiccional puede actuar de oficio, es decir, sin petición de parte. Sin embargo, al igual que en el caso de la prisión preventiva en análisis, *esto significa que puede hacerlo sin impulso del Ministerio Público*, pero no le autoriza a que, en automático o sin los datos de prueba idóneos, declare la existencia de la nueva figura delictiva, pues deben acreditarse los elementos del tipo penal a reclasificar.

Incluso en este supuesto debe darse vista a la defensa con el fin de que ofrezca nuevas pruebas, lo que significa el respeto al derecho a la contradicción que apertura el derecho a la defensa.

En conclusión, cuando la ley señala que la autoridad *puede* o *debe* de oficio, significa que *es la autoridad del Estado o el órgano jurisdiccional integrante del Poder Judicial quien puede impulsar el proceso en determinada hipótesis señalada por la ley, sin petición de parte*.

V. PRISIÓN PREVENTIVA DE OFICIO U OFICIOSA. ¿QUÉ ES? ¿QUÉ PERMITE? ESTADO ACTUAL DE LA DISCUSIÓN

En la práctica, la llamada prisión preventiva oficiosa se ha venido interpretando como un pase automático para que el juez de control, en el caso de los tipos penales enmarcados en el artículo 19 constitucional segundo párrafo, la imponga saltando los principios de presunción de inocencia, subsidiaridad, excepcionalidad y proporcionalidad.

Y en la doctrina encontramos una interpretación similar respecto a la prisión preventiva que debe dictar el juez de control oficiosamente, ya que

distintos son los autores que convergen en señalar que el postulado constitucional permite que la prisión preventiva, en el caso de los tipos penales enmarcados en dicho texto, se imponga de manera automática sin abrir debate al respecto y pasando por alto los principios y las finalidades de las medidas cautelares, señalando que se trata de un régimen o sistema penal especial.

Así, por ejemplo, para Carrillo Vidales (2020), la prisión preventiva oficiosa es:

Una figura única en el continente americano y peculiar del sistema penal mexicano que, en su visión, forma parte de un "Régimen o Sistema Penal Especial" que ha elaborado el legislador en la necesidad de enfrentar el desbordado y frenético fenómeno de la delincuencia que impera en la sociedad mexicana y que los legisladores optaron por no acudir a la prisión preventiva como medida de ultima ratio.

Dice que, el precepto constitucional establece un catálogo de delitos en el que el juez ordenará la prisión preventiva de manera oficiosa, que por mandato constitucional el juez se encuentra obligado a imponer la medida cautelar de prisión preventiva a todas las personas que hayan sido imputadas de ciertos delitos "graves" sin necesidad de que medie argumento o medio de convicción alguno, señalando que resulta contradictorio que, dentro de la propia Carta Magna establezca, en primer lugar, que se respetan y se incorporan los Derechos Humanos al ordenamiento jurídico interno, por no decir violentado, por una disposición también de rango constitucional en la que establece la obligación del juzgador de privar de la libertad de una persona durante la investigación de un hecho que la ley señale como delito sin necesidad de una motivación suficiente. (p. 39)

De similar opinión es Martínez Bazán (2016/2017), quien señala que el constituyente consideró que, debido a la magnitud de ciertos hechos delictivos, la imposición de la prisión preventiva oficiosa debe realizarse sin necesidad de ser solicitada por el Ministerio Público, dejando entrever, también, que en esos hechos debe realizarse de manera automática. Veamos:

El legislador estableció que en este sistema acusatorio adversarial, la imposición de la prisión preventiva como medida cautelar para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, debería ser la excepción; es decir, de ser necesario se aplicarían otras medidas cautelares menos lesivas para el probable responsable de cometer un delito, para cumplir con esta disposición; y así fue que en el CNPP en su artículo 155 enumeró un listado de medidas cautelares que ya han sido mencionadas en líneas que anteceden.

Sin embargo, el constituyente consideró que habría hechos delictivos que, por su magnitud, ameritaba la imposición de prisión preventiva de manera OFICIOSA, es decir, sin necesidad de ser solicitada por el MP, y fue así que desde la Constitución, el legislador se reservó ciertos tipos penales en los que se aplicaría dicha medida. (p. 143)

Y finalmente, Guillen López (2015) considera que, en los supuestos delictivos (tipos penales) señalados en el artículo 19 segundo párrafo, la prisión preventiva debe aplicarse de forma automática. Así señaló:

La reforma presenta evidentes aspectos a considerar, uno de ellos es precisamente la fórmula establecida para la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, pues continúa con la tendencia de establecer una serie de delitos en los que debe aplicarse de forma automática. El artículo 19 contempla dichos delitos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, entre otros. Todos ellos transgreden bienes jurídicos tutelados de importancia. (p. 325)

Bien, los autores antes referidos dan por hecho que *de oficio* significa imponer la medida de prisión preventiva solo por el catálogo de delitos que la misma constitución señala, es decir, *de manera automática; interpretación con la que no comulgamos*.

Pero, en divergencia con los tres autores antes señalados, Hidalgo Murillo (2015) sostiene que:

¿Es cierto, que la prisión preventiva puede considerarse obligada porque es oficiosa? No.

Señala que, si la medida cautelar de prisión preventiva se suscita en la audiencia inicial y si ésta con las demás se analiza a la luz del derecho a la libertad personal no puede tratarse de una decisión obligada sino de una disposición prudencial: si el juez ha de actuar a solicitud de parte y esa parte no gestiona, entonces en esos casos – por excepción- el juez puede actuar de oficio y no a solicitud. Se trata de una disposición que viola, con el derecho a la libertad, el principio acusatorio.

Desde su interpretación –dice- coherente con un estado democrático protector de la libertad, el artículo 19 en su segundo párrafo solo puede leerse de la siguiente forma: El Juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, -esto es, sin necesidad de solicitud fundada del Ministerio Público-, 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, cuando, otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. (p. 120)

Bien, aunque en cierto sentido nos unimos a la postura de Hidalgo Murillo pues consideramos que, en efecto, la permisión constitucional implica que el juez actúe cuando el Ministerio Público no gestiona —en lo que ahondaremos en breve—, discrepamos en lo siguiente.

No coincidimos en que la oficiosidad constitucional atente contra el principio acusatorio; en todo caso, *es una excepción constitucional a dicho principio* pues, como lo hemos sostenido, *emerge la imposición del principio inquisitivo* para que el juez de garantías actúe de oficio y analice, en esos supuestos (delitos), la procedencia de la medida cautelar de la prisión preventiva *cuando el Ministerio Público peticione otra, no ruegue la preventiva o no solicite medida cautelar.*

VI. OBSERVACIONES DE LA ONU-DH SOBRE LA REGULACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

Además de la doctrina, la Organización de las Naciones Unidas se ha ocupado de analizar y emitir ciertas observaciones sobre lo plasmado en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

En las observaciones se hace notar que dicha figura atenta principalmente contra el principio de presunción de inocencia, porque desde su perspectiva la figura plasmada en el 19 segundo párrafo constitucional es un pase automático para que el juez de control imponga la medida por la sola imputación de los delitos señalados en el citado precepto constitucional, lo cual coincide con la mayoría de la doctrina que se ha ocupado de ese tema. Veamos:

Vulneración de la independencia judicial.

Sobre este tema, Naciones Unidas dice que la imposición de la prisión preventiva debe obedecer a un examen individualizado que lleva a cabo el órgano jurisdiccional en función de la presencia o no de ciertos riesgos procesales.

Que la prisión preventiva oficiosa expropia a la prisión preventiva del ámbito judicial. Como bien lo dice la Comisión Interamericana, cuando la aplicación de la prisión preventiva se hace con base en criterios como el tipo de delito por el que se procesa a la persona, y por tanto se vuelve obligatoria por imperio de la ley, "la situación es aún más grave, porque se está "codificando" por vía legislativa el debate judicial; y por tanto, limitándose la posibilidad de los jueces de valorar su necesidad y procedencia de acuerdo con las características del caso específico".

También el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU ha establecido que la prisión preventiva oficiosa priva a la autoridad de una de las funciones más importantes como órgano de control, que es de realizar un análisis individualizado sobre la necesidad y proporcionalidad de la detención.

Adicionalmente, la imposición de la prisión preventiva oficiosa genera presiones indebidas a los órganos judiciales y que redundan en una afectación de facto al principio de presunción de inocencia.

Relacionado con lo anterior, como también lo ha referido la Comisión Interamericana, la independencia judicial también se ve vulnerada debido a que medidas como la prisión preventiva oficiosa “vienen acompañadas de un fuerte mensaje mediático y político-institucional dirigido desde las más altas esferas del gobierno, y que recibe gran respaldo popular”. Esto genera una gran presión en los operadores del sistema de justicia de condenar a personas a las que ya se les ha dado un trato de culpables a través de las medidas privativas de la libertad, particularmente cuando se trata de delitos particularmente agraviantes para la sociedad. Todo esto redundando en una afectación de facto a la independencia judicial.

Violación al principio de igualdad ante la ley.

La adopción del sistema acusatorio en México incluyó la creación de un andamiaje regulatorio sobre medidas cautelares, que incluye la prisión preventiva, pero también otras medidas alternativas menos lesivas que no afectan la libertad personal o que la afectan de menor manera que la prisión preventiva.

Sin embargo, como ya ha sido mencionado, la parte final del párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución contempla un régimen especial de aplicación automática de la prisión preventiva oficiosa en caso de imputación sobre ciertos tipos de delitos. En estos casos, las personas procesadas por estos tipos de delitos no tienen derecho a otras medidas cautelares previstas en la legislación procesal penal.

Esta situación fue presentada al Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la ONU, el cual, tras un análisis de la legislación aplicable en México, determinó que con la prisión preventiva oficiosa se daba un trato diferenciado que en un sentido amplio tenía como consecuencia ignorar el principio de igualdad entre los seres humanos, esto basado en la discriminación por “otra condición social” de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1. y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, el régimen especial establecido en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional establece un trato diferenciado para las personas a las que se aplica la prisión preventiva oficiosa, trato que redundando en el menoscabo del ejercicio de derechos en el marco del procedimiento penal. Esto lleva a construir una categoría sospechosa en el análisis de prácticas discriminatorias. Y aunque la categoría sospechosa es avalada por un régimen establecido en la Constitución, la distinción que la genera no encuentra fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que puede considerarse que, desde un criterio estricto de convencionalidad, la prisión preventiva oficiosa constituye una práctica discriminatoria.

Conclusión.

La prisión preventiva oficiosa es una figura incompatible e irreconciliable con las normas internacionales de derechos humanos. Su vigencia es contraria al carácter excepcional de la prisión preventiva, trastoca la naturaleza procesal de la medida cautelar y lesiona los derechos a la libertad personal y el debido proceso, al tiempo que compromete otros derechos básicos como el relativo a la integridad personal.

La prisión preventiva oficiosa trastoca y corrompe los fundamentos del sistema de justicia penal acusatorio, vulnera la independencia judicial, a la vez constituye una salida falsa que atenta contra los principios del paradigma de seguridad ciudadana.

Por lo anterior, organismos y mecanismos internacionales, como el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la detención arbitraria y el Relator de Naciones Unidas sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, han recomendado a México derogar la prisión preventiva oficiosa.

La ONU-DH insta al Congreso de la Unión a abolir la prisión preventiva oficiosa y a rechazar las iniciativas que aspiran a ampliar los supuestos de procedencia previstos en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional. (Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018)

Aunque de cierta forma coincidimos en que el artículo 19 constitucional, en su segundo párrafo, deja entrever que el juez de control debe imponer la prisión preventiva en el caso de los delitos enmarcados en dicho texto, y que efectivamente ello atenta contra el principio de presunción de inocencia, desde nuestra perspectiva el texto constitucional no permite tal cosa, sino que todo deriva de una incorrecta interpretación de lo que en realidad quiso plasmar el legislador.

Es decir que lo que establece el artículo 19 constitucional segundo párrafo no es otra cosa que una simple facultad inquisitiva del juez de control para abrir el debate, sin que lo ruegue el Ministerio Público, cuando concurren los tipos penales ahí señalados.

VII. PROPUESTA DE REFORMA

Recientemente, se ha impulsado una reforma para eliminar del artículo 19 constitucional la figura de la *prisión preventiva oficiosa*, donde se argumenta en lo toral que dicha figura atenta contra los derechos humanos de presunción de inocencia, entre otros.

La propuesta de reforma sugiere que es el Ministerio Público quien debe solicitar obligatoriamente, en los delitos de la cláusula constitucional, la medida de prisión preventiva. Para justificar lo anterior, se dice en la propuesta de reforma:

1. Que este catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa o automática del artículo 19 constitucional fue una concesión a la implementación del sistema acusatorio que debía ser eliminada después del periodo de transición de la reforma, el cual culminó en 2016, sin embargo, la figura permanece y es una reminiscencia del sistema inquisitivo.

La tentación de algunos sectores para que se consideraran dentro del catálogo de prisión preventiva oficiosa o automática otros delitos como el de portación de armas, o los relacionados con robo de hidrocarburos ha estado latente.

2. Que en el debate informado se termina por reconocer que esta medida legislativa es equívoca y anticipada considerando que la implementación en todo el país recién cumplió 3 años y no se habían creado las unidades de medidas cautelares a lo que estados, la Ciudad de México y la federación están obligados constitucionalmente desde junio de 2016, y que fue hasta un año después, en julio de 2017, que finalmente se cumplió con el mandato y se establecieron en su totalidad, siendo la más reciente la del ámbito federal.

A partir de entonces, el Gobierno Federal cuenta con una oficina que evalúa el riesgo que representa la libertad de una persona durante su proceso. Actualmente es necesario revisar la calidad de los servicios que presta dicha oficina federal para potenciar sus funciones.

3. Que lamentablemente, en la actual legislatura integrantes de diversos grupos parlamentarios han apoyado la incorporación de más tipos penales al catálogo de delitos del 19 constitucional, desconociendo el origen de esta disposición y bajo la creencia que eliminarán la puerta giratoria, combatirán la delincuencia o por lo menos “enviarán un mensaje a la ciudadanía” en atención a sus preocupaciones de seguridad. Sin embargo, el gran problema de la prisión preventiva oficiosa es que priva de la libertad a las personas en automático, sin importar sus condiciones de vida, por ejemplo, si tienen trabajo, arraigo en el lugar, dependientes económicos y no garantiza el combate a la delincuencia.
4. Que como se ha visto, esta medida no es eficiente para combatir la delincuencia ni los problemas de seguridad, medidas como esta, violan el principio de progresividad de los derechos humanos pues genera retrocesos y restringe la presunción de inocencia y el debido proceso penal. Por ejemplo, el homicidio doloso desde la reforma de 2008 ha estado en el catálogo del artículo 19 constitucional y lejos de haber disminuido la incidencia de dicho delito esta ha aumentado considerablemente en los últimos 10 años. En 2017 la tasa fue de 20.27 homicidios por cada 100 mil habitantes mientras que 2018 cerró con 23.1, esto es un total de 34 mil 202 homicidios dolosos.
5. Que antes que reformar la Constitución para aumentar el catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa, lo cual además ha sido observado por diversas instancias internacionales, la solución que puede hacer más efectivo el procedimiento penal en estos y otros delitos es eliminar la facultad discrecional del Ministerio Público de decisión sobre si solicita o no medida cautelar de prisión preventiva y sustituirla por la obligación de hacerlo.

Particularmente, el uso de esta facultad por parte del Ministerio Público preocupa para ciertas conductas delictivas tales como uso de programas sociales con fines electorales; de corrupción, tratándose de delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones; y de delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, abuso o violencia sexual contra menores, feminicidio, robo de casa habitación, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, desaparición forzada de personas, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

6. Finalmente, a efecto de que el Ministerio Público se encuentre en posibilidades de solicitar la audiencia inicial en la que se habrá de pedir la vinculación a proceso del imputado, así como la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva justificada será necesario que dicho órgano investigador realice los actos necesarios para darle suficiencia a la solicitud ante el órgano jurisdiccional.

Lo anterior implica igualmente la eficaz concurrencia de los cuerpos de policía de investigación que intervengan, de los peritos que aporten los datos de prueba mínimos para la satisfacción de los requisitos señalados en la Constitución, así como de las unidades de supervisión de medidas cautelares y de suspensión condicional del proceso.

Estas últimas tienen la responsabilidad de proveer los estudios de riesgo necesarios para que se sustenten las hipótesis que deben ser acreditadas ante el órgano jurisdiccional de la audiencia correspondiente en relación a la insuficiencia de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva justificada 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.

7. Que el sistema de justicia penal, de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos, debe garantizar la libertad personal contenida en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que se refiere a los "derechos a la libertad y seguridad de la persona y la inmunidad frente al arresto o detención arbitraria", así como el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), que se refiere a las "garantías judiciales", donde se establece el derecho a la presunción de inocencia en tanto no se establezca la culpabilidad del imputado mediante una sentencia condenatoria.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas claramente ha señalado que "la prisión preventiva es una medida cautelar aceptada en el derecho internacional y que puede imponerse en el marco del procedimiento penal, a fin de evitar ciertos riesgos procesales"; esto es, el peligro de fuga, el riesgo para la víctima u obstaculización para el desarrollo del proceso.

Así pues, como medida cautelar, es dable que la prisión preventiva se imponga bajo los principios de proporcionalidad y necesidad, en tanto el juez de control evalúe las condiciones socio ambientales del imputado y así decida cuál sería la medida cautelar más adecuada para el caso concreto.

8. Finalmente, se propone que el texto constitucional (artículo 19) quede de la siguiente forma:

“El Ministerio Público 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 Ministerio Público deberá solicitar al juez la prisión preventiva, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo de vehículos y de transporte en todas sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. En estos casos, el juez, caso por caso, en un análisis individualizado y con base en los elementos aportados por el Ministerio Público, de manera fundada y motivada, resolverá sobre la procedencia o no de la medida cautelar de prisión preventiva justificada”. (Iniciativa que Reforma el Artículo 19 de la CPEUM, 2021)

Aunque coincidimos en que el texto constitucional puede ser modificado para evitar interpretaciones inadecuadas, como sucede en la actualidad, *debemos considerar que originariamente la figura de la prisión preventiva oficiosa, como lo proponemos, no es un permiso para que esta se dicte en automático.*

VIII. NUESTRA POSTURA

La prisión preventiva oficiosa *no significa dictarla por la simple existencia del hecho señalado como delito* 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.

De la lectura del segundo párrafo del artículo 19, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprende:

1. Que el Ministerio Público solo podrá solicitar 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 este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.
2. Que el juez ordenará la prisión preventiva, *oficiosamente*, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Como ya se advierte, en la primera parte se lee el carácter subsidiario, excepcional y proporcional de dicha medida cautelar. Así, desde el propio precepto constitucional *se limitó al Ministerio Público a solicitar la prisión preventiva* para que dicha autoridad funde y motive por qué esa medida es la más eficaz por encima de otras para garantizar los fines del proceso.

Pero en la segunda parte del segundo párrafo del propio artículo constitucional el propio constituyente hizo *una excepción a esta regla* para que, en el caso de los tipos penales ahí enmarcados, sea el juez quien de oficio u *oficiosamente (sin petición de parte) abra el debate* sobre la imposición de la medida, respetando ese carácter subsidiario, excepcional y proporcional de la medida.

Es decir, lo que hizo el constituyente fue quitarle al Ministerio Público la facultad de petición de la prisión preventiva en el caso de los tipos delictivos como homicidio, violación, secuestro, entre otros, para que el juez de control sea quien, en estas hipótesis, abra el debate sobre la prisión preventiva, y así obligar al Ministerio Público, en esos supuestos, a establecer, con los datos de prueba respectivos, por qué debe imponerse la prisión preventiva por encima de otras medidas.

Para sostener lo anterior, debemos desentrañar lo que verdaderamente ampara la norma constitucional en análisis. Para ello debemos tomar en cuenta la exposición de motivos del constituyente, en su origen, sobre el segundo párrafo del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la exposición de motivos, descrita en el punto número I del presente trabajo, respecto a la prisión preventiva oficiosa, el legislador dejó claro *que el objetivo de marcar su procedencia con los tipos penales descritos desde la Constitución fue para evitar dejar esa tarea al legislador secundario, evitar un reenvío de la ley y no mermar la supremacía constitucional.*

No obstante, es claro que el legislador no expresó que dicha oficiosidad signifique que el juez, en esos casos, debía dictarla sin analizar los requisitos de toda medida cautelar *o que constituyera una excepción a los principios de contradicción, de defensa y al carácter proporcional, subsidiario y excepcional de la prisión preventiva.*

Contrario a ello, se dejó claro que las medidas cautelares proceden cuando exista la 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.

Para el caso de la prisión preventiva, debe motivarse, además, que ninguna otra medida cautelar es suficiente para el logro de los propósitos indicados, *acorde con el principio de presunción de inocencia y al carácter proporcional, subsidiario y excepcional de dicha medida.*

De la propia exposición de motivos se destaca el carácter excepcional, proporcional y subsidiario de la prisión preventiva, cuando otras no sean suficientes para garantizar los fines del proceso, con el fin de garantizar el principio de presunción de inocencia.

Bajo el marco de los motivos expuestos por el legislador, no se puede desprender, alejándonos de las actuales posturas doctrinales, que el postulado constitucional permita que el juez ordené la prisión preventiva en los casos de los delitos enmarcados en el propio precepto, *sin necesidad de analizar, si otra medida garantiza, con la misma fiabilidad, la comparecencia del imputado a proceso, la protección a las víctimas y testigos, etc., abriendo debate y permitiendo el ejercicio de contradicción para su posible imposición.*

Entendamos: no se puede afirmar válidamente que lo señalado en el postulado constitucional, para que el juez ordené oficiosamente la prisión preventiva en los delitos ahí enmarcados, *sea una autorización expresa para su imposición con la mera actualización de los tipos penales señalados, pasando por alto el derecho a la contradicción y la defensa, ambos ligados a la presunción de inocencia.*

Para desentrañar la palabra *oficiosamente* se debe recurrir, como lo hemos hecho, a su definición normativa, la cual significa actuar sin petición de parte, que es una forma de impulsar el proceso de manera inquisitiva.

Lo que se dice en la norma constitucional (artículo 19) es que el juez impondrá de oficio la prisión preventiva en los delitos descritos, pero *no que deba hacerlo por la sola existencia de estos* una vez imputados por el Ministerio Público, sin permitir el debate de las partes.

Esta práctica cotidiana de los jueces de control vulnera el propio precepto constitucional en comento por cuanto a que no permite tal decisión y además el derecho a la contradicción, a la defensa y, a la par de ello, lo establecido en el diverso 16 constitucional (legalidad), ya que tal actuar está y estaría —por esas razones— infundado y motivado inadecuadamente, como lo sostiene Hidalgo Murillo (2015):

Quando la constitución reza *ordenará oficiosamente*, significa que lo hará sin petición de parte, siempre y cuando, "otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección a la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado este siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso". (p. 120)

En ese sentido, el juez debe abrir debate entre las partes y allegarse de los datos de prueba que de manera objetiva le permitan sostener *que la medida cautelar es aplicable sobre otras* que no garantizan con la misma fiabilidad la presencia del imputado a proceso, etc., en el caso de los tipos penales previstos en la propia Constitución. Solo así cobrarían vigencia los derechos del imputado a la contradicción y presunción de inocencia.

Esto conlleva que el Ministerio Público, al amparo del 21 constitucional, *deba llevar* los registros correspondientes en los que se contengan los datos de prueba necesarios para acreditar que la prisión preventiva es la medida más eficaz para garantizar los fines del proceso, lo que daría posibilidad al imputado (y su defensa) de ejercer la contradicción sobre ese punto, pues el segundo párrafo del artículo 19 constitucional no es una excepción a este principio.

En ese orden de ideas, el derecho a la contradicción está amparado por el artículo 20 apartado A fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se establece que ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece la propia Constitución.

Lo anterior implica que todo tema relacionado con el proceso (argumento, dato de prueba o medio de prueba) debe ser debatido por las partes en presencia del juez con el fin de garantizar otros derechos como la

inmediación, la defensa, la igualdad de armas, entre otros y evitar que el juez solo tenga información unilateral que sesgue su criterio.

Sin embargo, existen excepciones a esta regla de contradicción, por ejemplo, el artículo 16 permite la solicitud de la orden de aprehensión, de cateo, arraigo, intervención de comunicaciones privadas y geolocalización, supuestos que están desarrollados por el Código Nacional de Procedimientos Penales, para que tales solicitudes se desarrollen en audiencias privadas.

Así el artículo 52 del código nacional dispone que los actos procedimentales, reglamentando el principio de contradicción, se desarrollarán mediante audiencias que se realizarán con la presencia de quienes integren el órgano jurisdiccional y de las partes que intervienen en el proceso, salvo disposición en contrario (CNPP, 2022).

Excepcionando esa regla se encuentran las solicitudes de orden de comparecencia, aprehensión, careo, intervención de comunicaciones privadas y localización geográfica contempladas en los diversos 142, 143, 145, 283, 291 y 303 del código nacional, que pueden realizarse en audiencia privada ante el juez de control con presencia únicamente del Ministerio Público (CNPP, 2022).

Tales excepciones marcan dos cosas:

1. Que, en esos casos, está sesgado el derecho a la contradicción al permitirse que comparezca ante el juez de control en audiencia privada solo una de las partes, por cuestiones de importancia para la investigación, reglamentando los supuestos constitucionales de aprehensión y de cateo, excepciones al derecho a la libertad personal y privacidad.
2. Que, al darse esa excepción, para que el Ministerio Público comparezca en audiencia privada ante el juez de control en esos supuestos, tampoco se permite el debate sobre los datos de prueba presentados para las solicitudes correspondientes, lo que implica otra restricción a la propia contradicción que da pauta a la materialización de otros derechos, como el de defensa e igualdad de armas para debatir sobre los temas en concreto.

Bajo ese marco constitucional y reglamentario, es notable que lo previsto en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional, *no constituye una excepción al principio de contradicción que da paso al derecho de defensa.*

De lo que se establece en el artículo 19 segundo párrafo de la Constitución solo puede desprenderse que *el juez puede actuar sin petición del Ministerio Público,*

pero no sin observar y garantizar los derechos del imputado a la contradicción y a la defensa para debatir sobre la procedencia de la medida y, en ese rango, permitirle probar que otra medida sería suficiente para garantizar los fines del proceso.

Lo que decimos es que el Ministerio Público está obligado a investigar que la medida de prisión preventiva, *aún sin que la ruegue ante al juez de control bajo el supuesto constitucional*, es la que garantiza los fines del proceso por encima de otras, para lo cual debe exponer los datos con los que cuenta para establecer que, de no imponerse tal medida, la comparecencia del imputado al proceso está en riesgo, al igual que la víctima, los testigos o la comunidad, y así permitir el ejercicio del derecho de contradicción y de defensa. Solo así podría respetarse el derecho a la contradicción, defensa e igualdad de armas para el imputado y desde luego el de presunción de inocencia.

De lo contrario, como ahora sucede, tales derechos se ven vulnerados, pues no existe la posibilidad de debatir sobre tal punto y cuya procedencia oficiosa no constituye una excepción a tales derechos, sino —como se ha dicho— al principio dispositivo para que el juez de control actúe sin petición del Ministerio Público.

Bajo ese razonamiento, la realidad es que el postulado constitucional de la medida cautelar de prisión preventiva de oficio no atentaría contra los derechos humanos de presunción de inocencia, contradicción y de defensa, *siempre y cuando —como lo hemos señalado— la aplicación de la norma constitucional se haga conforme a los parámetros apuntados.*

De lo contrario, sí habría una vulneración a estos derechos, como viene sucediendo hasta ahora:

Sería una figura incompatible e irreconciliable con las normas internacionales de derechos humanos. Su vigencia, de seguir aplicándose como se hace, sería contraria al carácter excepcional de la prisión preventiva, trastoca la naturaleza procesal de la medida cautelar y lesiona los derechos a la libertad personal y el debido proceso, al tiempo que compromete otros derechos básicos como el relativo a la integridad personal. (Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018).

Por ende, lo que permite el postulado constitucional, como lo señala Hidalgo Murillo (2015), es que el juez, en estos casos, “Puede actuar de oficio para dictar la medida cautelar de prisión preventiva (bajo los supuestos delictivos enmarcados) cuando la parte facultada (Ministerio Público) no realice la petición” (p. 120).

Por otra parte, también puede suceder que el Ministerio Público, en el caso de los tipos penales señalados en la cláusula constitucional, realice una petición para que se imponga una medida cautelar *diversa o menos gravosa* a la prisión preventiva. En este caso también, el juez de control debe proceder de oficio para analizar la aplicación de la prisión preventiva.

Pero lo anterior no significa que deba proceder la prisión preventiva en estos delitos *sin que exista un análisis, respaldado con datos de prueba para establecer que otra medida no es suficiente para los fines del proceso, tomando en consideración los principios de proporcionalidad, idoneidad y el carácter temporal de toda medida cautelar.*

Todo se traduce en que actuar de oficio, en el supuesto del artículo 19 constitucional, *significa únicamente* que el juez pueda actuar sin petición de parte para abrir debate y que así cobre vigencia el derecho de contradicción y presunción de inocencia de la persona imputada.

Lo anterior encuentra razón, además, en la reglamentación que el Código Nacional de Procedimientos Penales establece para la imposición de las medidas cautelares que se encuentran en los artículos 153 al 175 de dicho ordenamiento.

Así, por ejemplo los artículos 156, 157 y 163 del Código Nacional de Procedimientos Penales establecen la proporcionalidad e idoneidad de cada medida solicitada, su forma de imposición y los datos o medios de prueba que habrán de ofrecerse para tal efecto (CNPP, 2022). Por otro lado, en el artículo 165 se habla de la aplicación de la prisión preventiva en los casos de delitos que merezcan pena privativa de libertad, su tiempo de duración, et-
cétera (CNPP, 2022).

Mención especial merece el contenido del artículo 167, en el que se establecen los casos en los que el Ministerio Público puede solicitar la prisión preventiva, siempre y cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, entre otros elementos que ya hemos señalado (CNPP, 2022).

Sin embargo, en este mismo precepto se establece, al igual que en el 19 constitucional, la facultad para que el juez de control ordene la prisión preventiva en los casos de los mismos delitos enmarcados en la cláusula constitucional, en tanto que se hace una especificación de los delitos enmarcados en las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas, delincuencia organizada y aquellos establecidos en el Código Penal Federal enmarcados en las fracciones I a la XI del mismo artículo, lo que nos lleva a la misma conclusión: que la ley en ese caso solo le permite al juez abrir debate, sin petición del Ministerio Público, para la imposición de la medida cautelar.

IX. CONCLUSIONES

1. *Oficiosamente* significa que la autoridad jurisdiccional actúe sin petición de parte. Se trata de una facultad inquisitiva que deriva de un sistema procesal de la misma índole.
2. El artículo 19 constitucional segundo párrafo permite únicamente que cuando concurren los tipos penales ahí enmarcados se abra debate, sin petición del Ministerio Público, para establecer o resolver si es procedente o no la prisión preventiva.
3. El Ministerio Público debe acreditar con datos de prueba que otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado al proceso, la protección a víctimas, testigos o a la comunidad, siempre y cuando concorra alguno de los tipos penales enmarcados en el precepto constitucional.
4. La propuesta de reforma al artículo 19 constitucional debe dirigirse a clarificar que la prisión preventiva solo procede cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar los fines del proceso, para lo cual debe abrirse debate al respecto.
5. La correcta interpretación del postulado constitucional (vigente aún), materia del presente estudio, es que el juez de control solo tiene la facultad inquisitiva para abrir debate respecto a la prisión preventiva, sin que el Ministerio Público se lo solicite, en el caso de los tipos penales enmarcados en el segundo párrafo del 19 constitucional.

Actuar como se propone significa el más amplio respeto a los derechos humanos de todo imputado, como el de presunción de inocencia, contradicción, debido proceso e igualdad de armas.

X. FUENTES DE CONSULTA

- Carrillo Vidales, R. (2020). “La prisión preventiva oficiosa en México, un atentado contra el Estado social y democrático de derecho” (Trabajo final maestría). España: Universidad de Salamanca, Facultad de Derecho. Recuperado de: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/143702/TFM_CarrilloVidales_Prisi%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Díaz-Aranda, E. y Claus, R. (2017). *Teoría del delito funcionalista*. México: Editorial Flores.

- Devis Echandía, H. (2015). *Teoría general del proceso*. Bogotá-Colombia: Editorial Temis.
- Guillen López, R. (2015). “La prisión preventiva oficiosa (Consideraciones sobre su evolución y regulación normativa)” [documento en pdf]. En García Peña, J. H. y Godínez Méndez, W. A. *Temas actuales del derecho. El derecho ante la globalización*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/18.pdf>.
- Hidalgo Murillo, J. (2015). *Audiencias preliminares. Técnicas y estrategias de litigio en audiencia ante el juez de control*. México: Editorial Flores.
- Martínez Bazán, A. (2016/2017). “Las medidas cautelares y la prisión preventiva en el nuevo sistema acusatorio adversarial”. *DIKE Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 20, pp. 129-150. Recuperado de: <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/240/217>
- Vergara Tejada, J. (2007). *Manual de derecho penal. Parte general*. México: Angel Editor.
- Vizcarra Dávalos, J. (2007). *Teoría general del proceso*. Novena Edición. México: Porrúa.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, 2008 [documento en pdf]. Recuperado de: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_180_18jun08_ima.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, 2011 [documento en pdf]. Recuperado de: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_195_14jul11.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, 2019 [documento en pdf]. Recuperado de: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_236_12abr19.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículo 19, segundo párrafo. [documento en pdf]. Recuperado de: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP]. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el día 05 de marzo del año 2014. Última reforma 19 de febrero de 2021.

OTRAS FUENTES

Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública (Proceso Legislativo) (2008). Dirección de Bibliotecas y de los Sistemas de Información Subdirección de Archivo y Documentación [documento en pdf]. México. Recuperado de: <http://www.diputados.gob.mx/se-dia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ONU-DH) (2018). Observaciones de la ONU-DH Sobre la Regulación de la Prisión Preventiva Oficiosa [documento en pdf]. México. Recuperado de: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Anexo%20ONUDH%20sobre%20prisi%C3%B3n%20preventiva%20oficiosa.pdf>

Sistema de Información Legislativa de la Secretaría de Gobernación. Iniciativa que Reforma el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por los Diputados Mariana Rodríguez Mier Y Terán, René Juárez Cisneros y Dulce María Sauri Riancho, del Grupo Parlamentario del PRI [documento en pdf]. Recuperado de: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/03/asun_4015754_20200310_1582226956.pdf

