

TERRORISMO Y PROCESO PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

○ Arturo de Villanueva Martínez Zurita*

*Fiscal en jefe y encargado de la Unidad de Investigación y Litigación sede Oaxaca de la Procuraduría General de la República.

PALABRAS CLAVE

KEYWORDS

○ **Terrorismo**

Terrorism

○ **Derechos humanos**

Human rights

○ **Investigación**

Investigation

○ **Audiencias**

Hearings

Resumen. Lo que aquí se presenta es un estudio respecto al procesamiento penal que sigue el delito de terrorismo, comenzando —previo a la referencia instrumental— por tomar en cuenta el aspecto sustantivo del delito de cita para que en lo fáctico sea acreditado a través de la prueba que se genere, lo anterior con base en el Código Nacional de Procedimientos Penales y con un enfoque de respeto a los derechos humanos en la investigación y en las audiencias del sistema acusatorio tanto para el imputado como para la víctima, teniendo como objetivo cumplir con las finalidades del proceso penal.

Abstract. This is a study concerning about criminal prosecution of the terrorism's crime, beginning —previously to the instrumental reference— to have in mind, the substantive criminal law of the crime in comment, so that the factual can be accredited through the proof that is generated, the previous thing based on the National Code of Criminal Procedures and with an approach of respect to the human rights in the investigation and in the hearings of the accusatory system, both for the accused and for the victim, with the objective of fulfilling with the purposes of the criminal process.

SUMARIO:

I. Introducción. II. El delito de terrorismo. III. Temas relevantes en la investigación. IV. Temas relevantes en las audiencias. V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El delito de terrorismo en México resulta ser en lo fáctico inusual —mas no inexistente— ya que no se advierte como algo cotidiano en la vida de este país, lo cual, por obviedad agradecemos, dado que el concepto genera una impresión fuerte en el sentir de las personas, porque este significa miedo, algo que no queremos en nuestra existencia; simplemente aquello que no deseamos y por lo que, incluso, nos uniríamos para evitarlo.

Es por eso que estimo empezar estas líneas con la anterior reflexión, y señalar que —si bien es algo excepcional— no significa que no sucede. Es obvio que tenemos obligaciones internacionales y artículos en el Código Penal Federal (CPF) que señalan la presencia del referido ilícito, también lo es que la Procuraduría General de la República tiene unidades especializadas para este delito, lo que nos hace advertir la existencia de investigaciones

y procesos que viven en la realidad mexicana.

Por lo anterior el presente trabajo intenta precisar cómo estimamos, qué debe investigarse, y cómo debe juzgarse, ya sea a una o varias personas que son imputadas en el delito de mérito. Si lo que queremos es procurar que el culpable no quede impune y proteger al inocente conforme a las finalidades del proceso, es evidente que se genera una obligación de debida diligencia tanto para el fiscal como para el juez, en la cual hay que investigar y juzgar en el ámbito de protección de los derechos humanos para las personas que convergen en el procedimiento. Si esto no es así, violaremos los derechos de los imputados y víctimas, y además los asuntos en el delito de cita, quedarán sin sanción, ni reparación, lo cual no es justificable en los delitos comunes, jamás lo será en este delito que deja tanta huella en una persona y en la colectividad entera.

De ahí, la importancia de otorgar opiniones sobre el proceso que deben seguirse ante el mismo, tratando de dejar la semilla para que muchos colegas se animen a referir más discusiones en el ámbito académico y podamos tener más literatura sobre este tópico, —porque esta, no es tan amplia como quisiéramos—. También requerimos de

profesores expertos que nos refieran información sobre temas especializados, pues como se comenta, trataremos de abordar en todo, el proceso penal acusatorio para germinar en la pluma venidera de aquellos que gusten escribir sobre una materia que está pendiente en México.

Por ello, la importancia de que el Instituto Nacional de Ciencias Penales, a través de la presente obra colectiva, se dé a la tarea de hacer público un tema tan importante y tan poco explorado.

El presente artículo parte de una explicación del delito de terrorismo en sus variadas formas: terrorismo, financiamiento al terrorismo y terrorismo internacional. De cada uno se hará alusión a algunos aspectos que estimamos más relevantes, a tomar en consideración, respecto al fundamento doctrinal de su creación, los puntos que asimilan o diferencian uno de otro, tomando en cuenta los elementos del delito en cuanto a la conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como diversos temas que apreciamos trascendentes para la acreditación del ilícito penal de referencia. Posteriormente, nos centraremos en tópicos relativos a la etapa de investigación, en específico a temas relacionados con la búsqueda de los actos de investigación idóneos a efectos de poder lograr una laudable imputación y acusación

posterior. Esta parte se verá precisada con el señalamiento del respeto a los derechos de los imputados y de las víctimas en la obtención de tales elementos de prueba en la fase investigativa.

A continuación, procederemos a hablar de algunas audiencias del sistema acusatorio que se generan conforme se vaya investigando y procesando el delito de cita. En este apartado, señalaremos algunos aspectos importantes; lo relativo a las formas de conducción del imputado al proceso, las medidas cautelares, la vinculación a proceso, la audiencia intermedia y la audiencia de juicio; todo, enfocado a la perspectiva judicial como director de la audiencia que guía la misma y la controla. Finalmente, haremos alusión a conclusiones sobre los puntos relevantes abordados para enfatizar aquellos que deben ser objeto de la lupa del fiscal y del juez para que —como se dijo— la investigación y el juzgamiento sea con debida diligencia.

II. EL DELITO DE TERRORISMO

Conforme al CPF, los tipos penales del terrorismo se presentan bajo tres capítulos que, de acuerdo al momento de su aparición en la legislación mexicana, son:

- Primero, el delito de terrorismo (Decreto publicado el 29 de julio de 1970 en el *Diario Oficial de la Federación*)¹ previsto en los numerales 139 —como tipo penal de amenaza—;
- Segundo, terrorismo internacional (Decreto publicado el 28 de junio de 2007 en el *Diario Oficial de la Federación*)² previsto en los numerales 148 Bis —tipo penal base—, 148 Ter —tipo penal de encubrimiento— y 148 Quáter —tipo penal de amenaza—; y
- Tercero, el financiamiento del terrorismo (Decreto publicado el 14 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*)³ previsto en los artículos 139 Quáter —tipo penal base— y 139 Quinquies —tipo penal de encubrimiento, los mismos contienen elementos que los asimilan y que los diferencian.

¹ Para esa fecha solo se publicó el numeral 139 que incluía dos párrafos, ya posteriormente se dividió en fracciones el numeral 139 y aumentó los diversos 139 Bis y 139 Ter, relativos al mismo ilícito con previsiones que agravan la conducta, lo relativo al encubrimiento y amenaza.

² En el cual se reforma el aludido numeral 139, se adicionan los citados 139 Bis y 139 Ter, y el Título Segundo del Libro Segundo denominándolo “Terrorismo Internacional” adicionándose los numerales citados al texto 148 Bis, 148 Ter y 148 Quáter, precisando que en el citado decreto solo se publicó con 3 fracciones, no con una fracción IV y un último párrafo como está actualmente, motivo del siguiente decreto.

³ En este decreto se dejó tal y como se encuentran actualmente los aludidos tipos penales.

Lo primero, hemos de mencionar, es que el referido delito, — como se aprecia de su cronología en México— es de reciente aparición. Esto es obvio, en razón de que surge a través de la necesidad de encontrarnos en épocas donde las sociedades postindustriales y las sociedades de riesgo hacen que el derecho penal se expanda (Silva Sánchez, 2001 y Colina Ramírez, 2015), creando tipos penales que en algunos supuestos —como el caso del financiamiento al terrorismo— incluso por el llamado Derecho penal moderno, hace que el punitivismo se anticipe a la tutela que normalmente acaece en la realidad, llevando al derecho penal a conductas anteriores a la lesión del bien jurídico protegido (Sánchez García de Paz, 1999), donde es muy tenue el hilo que divide este delito con el derecho penal del enemigo. Incluso, he de aludir que el ilícito penal de estudio, puede realizarse a la par con el de delincuencia organizada.

Entonces, cuando esto sucede, las características relativas a la anticipación de la tutela penal, la desproporcionalidad de las sanciones y la disminución de garantías procesales propias del derecho penal de excepción se actualizarán; es decir, que el derecho penal del enemigo es de estudio obligatorio para ampliar la perspectiva del presente trabajo y del cual ya se ha escrito mucho

(Zaffaroni, 2011; Martínez Álvarez, 2013; Coaña Be, 2014; Polaino-Orts, 2013; Jakobs *et al.*, 2008).

El citado derecho penal del enemigo en contraposición a un derecho penal del ciudadano resulta ser —al menos en literatura mayoritaria— violatorio a los derechos humanos de las personas (Martínez Álvarez *et al.*, 2015), por eso el terrorismo si bien es lo que podríamos calificar como grave, en razón de lo peligroso que resulta ser por el daño masivo que puede generar, aun así, se rige por el principio de legalidad penal que establece el numeral 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y, por lo tanto, la descripción típica que exige debe ser exacta. Este argumento, se refuerza con el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) dado que en diversos casos (*cf.* Caso Norin Catriman y otros *vs* Chile, 2014, párr. 161; caso De la Cruz Flores *vs* Perú, 2004, párr. 102; caso Cantoral Benavides *vs* Perú, 2000, párr. 156) ha señalado que en el delito de terrorismo no debe existir ambigüedad en su descripción típica que la legalidad penal sigue permeando. Y por lo tanto, se deben erigir las mismas reglas independientemente de la gravedad del caso.

Continuando con el aspecto sustantivo del delito, hemos de mencionar que el *quid* de similitud entre los

tipos penales resulta ser un elemento subjetivo específico consistente en un dolo especial o con intención de producir un temor en la población en general, sin la cual, la conducta no sería típica (*cf.* CoIDH caso Norin Catriman y otros *vs* Chile, 2014, párr. 171). Esto es así porque en todas las modalidades del delito citadas con anterioridad debe existir ese elemento subjetivo específico capaz de lograr la tipificación del hecho a la norma penal.

Si bien es cierto que la finalidad que se expresa en los numerales 139 y 148 Bis del CPF prescrita como “producir alarma, temor o terror en la población o en un grupo o sector de ella” pareciere exigente solo en dichos artículos; sin embargo, estimamos loable que conforme al criterio internacional y la teleología del tipo en cuanto a la protección del bien jurídico protegido; debemos entender que tal elemento debe ser común a todas las formas y modalidades que señala la descripción típica, y precisamos teleología dado que esto lo fundamentamos en el bien jurídico protegido que resulta ser la paz en la nación. Los títulos donde se encuentran los delitos son relativos a la seguridad de la nación y el diverso contra el derecho internacional. Sin embargo, los decretos que fueron creando los tipos penales de terrorismo se fueron modificando, advirtiéndose la unión entre los

capítulos referenciados con lo que el propio procedimiento de reforma de los numerales en comento deja entrever la postura por la que aquí nos decantamos. De ahí que somos de la idea de que el fiscal y el juzgador —al momento de ejercitar la acción penal y dictarse la resolución judicial respectivamente—, deben hacer patente el referido criterio interamericano en el encuadramiento penal y velar porque el delito citado, cubra la intención de mérito, lo cual, será motivo de acreditación conforme a la prueba del dolo pues hay múltiples criterios en el Poder Judicial de la Federación y la literatura, tanto mexicana como extranjera.

Otro elemento que, por igual, advierte similitud entre los tipos penales son los medios comisivos que se traducen en actos de violencia. Tanto el 139 como el 148 Bis precisan que estos actos deben ser cometidos por diversos medios como: sustancias tóxicas, armas químicas, entre otros. Sin embargo, la norma penal puntualiza que “por cualquier otro medio violento”, lo cual da pauta a la interpretación del penalista respecto de diversos medios no contemplados en la descripción típica, pero que se estimen suficientes para lograr el terror sistemático.

Estos medios son comunes para engendrar el delito de estudio. A manera de ejemplo, los numerales

139 Bis, 139 Ter, 148 Ter y 148 Quáter que prevén el encubrimiento y la amenaza en terrorismo y terrorismo internacional, pero, para que actualicen tales tipos penales, es necesario el elemento subjetivo específico, es decir, la intención de que el encubrimiento y la amenaza sea con el fin de lograr el temor en la población. Así mismo, y en relación con los medios comisivos, es necesario que el imputado por el delito de encubrimiento sepa que la actividad se hizo con sustancias químicas, por referir un supuesto.

Es pertinente señalar que el numeral 139 Ter excluye la fracción II del artículo 139 y el 148 Quáter excluye la fracción IV del artículo 148 Bis. Esto es porque esas fracciones se refieren a acordar o preparar un acto terrorista, lo cual, estimamos correcto, ya que si los tipos penales de amenaza se unen al tipo penal de preparación, esto sería una doble anticipación penal, es decir, el tipo penal sería: *amenazar con preparar un acto terrorista*, misma que resulta una doble anticipación de la tutela penal de la cual, la literatura ya nos ha señalado su prohibición (Polaino-Orts, 2013: 301 y ss.). Por lo anterior, este elemento relativo al medio comisivo con los matices pertinentes lo estimamos común a todos los delitos.

Por otra parte, en cuanto a los criterios de diferenciación, estos

serían en sí las conductas típicas, como son: el acto material e idóneo que se realice para el caso del 139 fracción I; la de preparar o acordar del 139 fracción II; la de encubrir del 139 Bis y 148 Ter; la de amenazar del 139 Ter y 148 Quáter; la de financiar aportando o recaudando directa o indirectamente del 139 Quáter, y la de encubrir el financiamiento del 139 Quinquies. Todos ellos hacen que la acción que prevé el tipo se diferencie en cada forma o modalidad del delito, de ahí que el mismo —conforme a la doctrina sobre la acción, ya sea causalista, finalista o funcionalista— se actualizara en el caso concreto. Por su parte, es obvio el elemento, respecto al sujeto pasivo, el cual consiste en la comunidad nacional e internacional, lo cual, conforme a cada supuesto de los numerales 139 y 148 Bis se verá actualizado.

Hasta aquí los elementos de similitud y diferenciación que estimamos se encuentran con más rigor en el ámbito de la tipicidad. Ahora, haremos alusión a otros elementos del delito en razón de la posibilidad de presentarse en el mundo pragmático; así, en el elemento de la culpabilidad hay dos puntos que resultan trascendentes:

- El primero es la imputabilidad penal: cuando el acto terrorista implica una cuestión suicida

debe verificarse con mucha cautela el estado mental de la persona, es decir, la capacidad de ser motivado por la norma penal (Ontiveros, 2017: 327-340), puesto que el acto puede implicar algún tipo de trastorno mental y por lo tanto, debe dejarse patente dicho estado.

Si el acto suicida es por creencias que no rayan en la inimputabilidad, será la prueba pericial la que auxiliará en el caso.

- Como segundo punto están los casos donde se puede actualizar la no exigibilidad de otra conducta cuando el imputado la realiza en razón de ser amenazado por grupos terroristas, es decir, la *vis compulsiva*.

En estos casos habrá que advertir el grado de exigibilidad, puesto que, en vía de ejemplo, si se alega tal elemento, ¿qué pasaría si la actividad se traduce en una privación total de la vida de cientos de personas por explosivos o armas químicas y el imputado lo hizo en razón de que su esposa o hija estaba secuestrada? Habrá que ver el grado de exigibilidad, conforme a la ponderación de bienes jurídicos a solventar en el caso, o porque no, en la vía del proceso, aplicar criterios de oportunidad conforme a los supuestos del 256 del Código Na-

cional de Procedimientos Penales, lo cual, será motivo de las líneas que siguen.

III. TEMAS RELEVANTES EN LA INVESTIGACIÓN

Ahora toca hablar de temas procedimentales y lo que sucede con el delito de terrorismo en la etapa de investigación. Previo a esto, es obligatorio recordar que el proceso penal acusatorio en México a la fecha (2018) se rige por el CNPP que se publicó en marzo de 2014, y cuyo numeral 211, señala que el sistema acusatorio se encuentra dividido en tres etapas: la investigación, la intermedia y el juicio.

La primera etapa se subdivide en inicial y complementaria, así, también, para efectos del presente trabajo, es importante precisar que el CNPP en sus numerales 260 y 261, establece nomenclaturas para el aspecto probatorio del proceso penal como son: los antecedentes de investigación, los datos de prueba, los medios de prueba y la prueba, que independientemente de tal nomenclatura, el propio código no las respeta y, lo que hace, es tener un caos de *nomen iuris* en la prueba, como alguna vez ya se precisó en diversos trabajos (Hidalgo *et al.*, 2018: 72-74).

Sin embargo, para efectos de ubicarnos en el punto que se pretende desarrollar, ocuparemos la citada nomenclatura. En ese sentido, centraremos como primer tema, los antecedentes de investigación, es decir, la problemática que existe en recabar u obtener los elementos de prueba en la investigación inicial y complementaria, los cuales se anejan materialmente a la carpeta de investigación. Es decir, lo que la doctrina llama actos de investigación (Rivera, 2016: 232 y ss.).

En tal sentido, el fiscal en la búsqueda de los elementos de prueba deberá tratar de proteger que el *iter probatorio* —o camino de la prueba— no presente obstáculos y que sea valorada favorablemente a su pretensión, de ahí que la valoración de la prueba será el punto de búsqueda de la investigación del fiscal para lograr las finalidades constitucionales del proceso que se prevén en el artículo 20 apartado A) fracción I de la CPEUM, consistentes en procurar que el culpable no quede impune, se repare el daño, se proteja al inocente y se esclarezca el hecho. Esto lo logrará con elementos de prueba que acrediten esos hechos, siendo el camino probatorio su guía en esa búsqueda, respetando cada paso para llegar a la valoración de la prueba, de lo cual también, ya hemos escrito (De Villanueva, 2017: 55-71).

Por lo señalado abordaremos el tema de la obtención e integración de los elementos de prueba en la investigación. En cuanto a la obtención, es aquí donde nos centramos en el tópico de la prueba ilícita, de la cual, ya existe abundante obra en la literatura especializada (Hairabedian, 2002 y Miranda, 2013). Tal institución la conceptualizamos como aquella prueba que ha sido obtenida con violación a derechos humanos. En el caso del delito de terrorismo, a pesar de lo grave que resulta ser este ilícito, no se excluye del estudio la prueba ilícita, es decir, aún en este delito la recopilación de los actos de investigación debe ser respeto a los derechos humanos, como así se deja entrever el estudio del tema sobre terrorismo y derechos humanos que ha seguido el sistema universal en la Organización de la Naciones Unidas en sus observaciones de los Comités de Derechos Humanos (Observación CCOR-GC-32, párr. 23; Observación CCPR-GC-35, párr. 9), Comité Contra la Tortura (Observación CAT-GC-2, párrs. 5 y 21), Comité Contra la Discriminación Racial (Observación CERD-GC-34, párr. 38), y por supuesto, en el sistema regional de derechos humanos con los criterios de la CoIDH (*cf.* Caso Fleury y otros *vs* Haití, 2011, párr. 70; caso Tibi *vs* Ecuador, 2004,

párr. 143; caso Espinoza González *vs* Perú, 2014, párr.141).

Un primer eslabón a tomar en cuenta en la investigación que realice el fiscal es que sus actos sean respetuosos de los derechos humanos tanto del imputado como de la víctima para cumplir con el deber de debida diligencia que le entraña el artículo 129 del CNPP.

Por lo aludido, lo primero que el fiscal debe visualizar, es si nos encontramos en uno u otro supuesto de los artículos 251 y 252 del CNPP, es decir, si el acto de investigación requiere o no control judicial; para esto, el fiscal debe tener patente la regla primaria que le obliga el segundo artículo citado, es decir, que independientemente de los actos de investigación del numeral 251 aquellos que no requieren control judicial, debe atender aquellos que “impliquen afectación a derechos establecidos en la constitución”. Se debe precisar que la redacción del precepto debería ser: “impliquen afectación a derechos establecidos en *el parámetro de control de regularidad constitucional*” que es más amplio, y debe ser por conducto del juzgador.

Por lo tanto, toca realizar una pormenorización de cada caso por cuenta del Ministerio Público para percibir si existe o no alguna vulneración a los derechos del imputado o víctima para poder ingresar a la carpeta el acto investigativo, pues

si bien hay un catálogo de supuestos en el numeral 252 del CNPP no menos cierto es que la regla nos dice que, si existe una afectación, hay que acudir al juez, porque en su defecto el elemento probatorio será ilícito, basta señalar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha declarado inconstitucionales ciertos actos que de primera mano el fiscal solía solicitar, pero al advertir la SCJN que dichas peticiones afectan derechos de las personas ha precisado que tales postulaciones deben ser por conducto del juez. Tal es el caso del aseguramiento de cuentas que se encuentra previsto en el numeral 242 del CNPP y la petición a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores que preveía el numeral 117 de la Ley de Instituciones de Crédito.

Por eso, estimamos que el fiscal debe realizar ese estudio y no confiarse en el sentido de que si no está en el catálogo del 252 entonces lo puede hacer directo, dado que debe hacer un análisis de si hay un derecho humano afectado y si así sucede, debe acudir al juez tratando de proteger su investigación por la vía del control judicial. De esta forma se establece aquí que: si un acto afecta un derecho, entonces, se tendrá que verificar un test de proporcionalidad para lograr la intromisión a la prerrogativa en aras de salvaguardar la seguridad y el acceso a la

justicia de la víctima, conforme a la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, que son los subprincipios que emergen del principio de proporcionalidad (Bernal, 2014: 779-1034).

Resulta pertinente, en este tema de la prueba ilícita, recordar que estos actos serán autorizados por el Juez de Distrito especializado en sistema acusatorio, en funciones de Juez de Control de diversos centros de justicia que se encuentran en los estados de la república. Sin embargo, debemos ser muy cautelosos pues, si el delito de terrorismo se investiga a la par con el delito de delincuencia organizada, conforme al numeral 2 fracción I y 15 a 28 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, —de acuerdo al tipo de acto de investigación que se pretenda recabar— se tendrá que acudir al Juez de Distrito adscrito al Centro Nacional de Justicia Especializado en Control de Técnicas de Investigación, Arraigo e Intervención de Comunicaciones, porque así lo señala el numeral 14 del Acuerdo General 3/2017 del Consejo de la Judicatura Federal. En este sentido, el fiscal tendrá que hacer un estudio de dicha competencia especializada que deberá de cuidar los derechos, pues como ya se precisó, estamos ante el derecho penal del enemigo.

Ya cruzado el momento de que el fiscal tenga a bien dilucidar sobre el respeto a los derechos humanos en la obtención de elementos de prueba, es decir, la licitud, toca ahora integrarla a la carpeta. Esto lo realizará conforme a cada caso concreto optando por testimonios, peritajes, reconocimientos, inspecciones, cateos, evidencia material, y diversos elementos conforme a las reglas de los actos de investigación que prevé el CNPP. De esta manera, en vía de ejemplo, en cuanto al tema del terror como elemento subjetivo del tipo, resulta necesaria la acreditación, así que la prueba será aquella que logre acreditar, ante los ojos del juzgador, que se logró un terror en la población. Ello implica ese momento donde se degenera la sociedad en incertidumbre sobre su seguridad y por lo tanto, la prueba que retome al respecto, será relevante, optando el fiscal por la libertad probatoria que permea en el CNPP.

Por otra parte, en la integración de la carpeta de investigación, independientemente de los actos de investigación, se podrán presentar diversos escenarios donde las herramientas del sistema acusatorio podrán emerger, así estimamos que se podrá presentar el supuesto de que el fiscal opte por reservar ciertos actos de investigación por la gravedad del caso y esto, lo hará con autorización judicial como lo prevé

el numeral 220 del CNPP. Esto es porque somos de la idea de que al momento de integrarse la carpeta respectiva, pueden existir actos de amenaza de testigos, peligro para las personas, funcionarios u otros casos que si bien —conforme al 137 del instrumento nacional—, se pueden emitir medidas de protección o un programa de protección de testigos o servidores públicos. Lo cierto es que puede solicitar la reserva de ciertos actos de investigación y para su argumentación, ocupará la proporcionalidad.

En la misma, se señalará porque aun y cuando existen medidas de protección a víctimas o incluso protección de testigos, conforme a la ley especial, se hace necesaria la reserva de la investigación, esto lo deberá realizar el fiscal conforme al caso concreto, pero lo citamos ya que puede presentarse que, aunque existan las citadas medidas, estas no sean suficientes.

Cuando se realice alguno de los delitos previstos en los tres capítulos que se han comentado del CPF, suele suceder que estos converjan en concurso ideal o real y actualicen delitos del mismo fuero federal o local, donde es dable que se presente la competencia concurrente de acuerdo a los numerales 20 fracción IV y 30 del CNPP. En este supuesto el Ministerio Público, si lo estima conveniente, lo investigará y el juez

federal así lo juzgará, pues incluso el hecho de que el imputado lleve en un solo proceso varios delitos, resulta ser más acorde a sus derechos, no teniendo dos procesos donde puede existir la división de la continenencia de la causa y por supuesto, la posibilidad de sentencias contradictorias.

Al respecto, la SCJN —aunque en sistema tradicional o inquisitivo— ya se ha pronunciado sobre la competencia concurrente. Esto, en la tesis emitida por la 1ª Sala, 1a./J.89/2013 (10a), septiembre 2013, registro 2004422, la cual, no se transcribe por no estimarlo necesario, sin embargo se alude al tema dado que el fiscal en el devenir de su investigación, podrá actualizar dicha competencia y así tener una investigación más completa sobre todos los delitos cometidos, respetando los derechos de la víctima e imputado de acudir a un solo proceso.

Si no estamos en presencia del delito de delincuencia organizada, donde existe el imputado colaborador conforme al 35 de la ley federal especial, el fiscal federal podrá optar por el criterio de oportunidad por imputado colaborador que prevé el 256 fracción V del CNPP, donde, conforme al *Acuerdo A/099/2017 por el que se establecen los Criterios Generales para la Aplicación de los Criterios de Oportunidad de la Procuraduría General de la República*, el fiscal optará por otorgar este criterio de política

criminal conforme a supuestos donde el imputado otorgue información relevante, lo cual, estimamos es una herramienta fundamental para el esclarecimiento de los casos, dado que estos delitos, muy pocas veces se hacen en flagrancia y no lo hace una sola persona, sino organizaciones terroristas.

De ahí que esta herramienta debe ser ocupada recordando que conforme al 257 del CNPP sus efectos pueden ser diferidos hasta que declare el imputado colaborador en audiencia de juicio. Con esta herramienta, más la protección de este imputado, aunado a la reserva de investigación de sus datos y su declaración, podríamos generar la eficacia de la procuración de justicia, por ello la importancia de la herramienta.

Con respecto al delito de financiamiento al terrorismo se podrá generar el aseguramiento de cuentas, títulos de crédito y cualquier bien o derecho relativos a operaciones de las instituciones financieras de los imputados, pues, si bien el numeral 242 del CNPP fue declarado inconstitucional por la SCJN lo cierto es que lo que fue declarado inconstitucional es que el fiscal lo haga de *motu proprio* mas no que no se pueda realizar bajo un control judicial. Por lo tanto, en el delito en comento el fiscal deberá realizarlo previa investigación sobre las operaciones financieras de los imputados para

efectos de investigación, y el aseguramiento debe ser bajo control judicial y no por la vía de la providencia precautoria del 137 del CNPP, pues esta protege la reparación del daño, y, salvo daños materiales que existan, el financiamiento al terrorismo por sí mismo no tiene una reparación monetaria que se visualice en los términos de la providencia precautoria.

Otro argumento que abona es que la providencia precautoria solo abarca reparación del daño, en cambio, el aseguramiento es todo aquello que sea producto, instrumento u objeto del delito por lo que se podría asegurar toda cuenta de instituciones financieras que tengan que ver con el caso.

Finalmente, en cuanto a la judicialización del asunto, el juez de control, como sabemos, si están detenidos va al control de detención conforme al supuesto correspondiente de flagrancia del 146 del CNPP. Si resulta terrorismo o terrorismo internacional en el caso, es obvio que se llevará al control de detención por ser prisión preventiva de oficio, de acuerdo a los artículos 140 y 167 fracción VI del CNPP, por lo que el fiscal federal se verá obligado a pedir prisión preventiva. Por lo tanto, deberá llevarlo a la audiencia de control de detención.

Por su parte, si estamos en caso de financiamiento al terrorismo,

—aunque difícilmente pueda actualizarse la flagrancia no descartamos el supuesto— deberá acudirse a la necesidad de cautela de la medida cautelar de prisión preventiva conforme a su necesidad, en su defecto, si el asunto es sin detenido, conforme a la gravedad del caso, estimamos que sería la conducción al juez, por medio de orden de aprehensión con los requisitos del 141 del CNPP, acreditándose el hecho que la ley señala como delito, la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión y sobre todo, la necesidad de cautela en cuanto que no es factible que, por cita, acuda al juez de control federal, dicha petición será por escrito o por medio de audiencia.

IV. TEMAS RELEVANTES EN LAS AUDIENCIAS

Ya mencionados los puntos relevantes en la investigación, ahora se hará alusión a algunos tópicos relativos a las audiencias. En ese sentido, un buen punto que deberán tomar en cuenta las partes es el relativo a la privacidad de las mismas. Es decir, ponderar si son o no públicas, tomando en cuenta las excepciones a la publicidad que se prevé en el 64 del CNPP, y conforme a esto, llevar la audiencia a puerta cerrada.

Otro tema que no se culminó en el apartado anterior, es el caso de la forma de conducción del imputado a proceso, cuando se trate de asuntos con detenido. En este caso el fiscal tendrá que tomar en cuenta el derecho a la libertad personal que prevé el 16 de la CPEUM y el 146 del CNPP. Esto, como ya se ha señalado, bajo una visión de derechos humanos. Aquí toma auge la detención como formal y material, así como ilegal y arbitraria, que ha dejado entrever las sentencias de la CoIDH en diversos casos interpretación del numeral 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de los cuales, ya me he ocupado en otro trabajo (Uribe, 2017: 73-151). Por lo tanto, el fiscal y el juzgador en audiencia tendrán que realizar el estudio de control de detención, que, tratándose del delito de terrorismo y terrorismo internacional, concluirá en la imposición de la prisión preventiva de oficio conforme al 167 del CNPP. Se aduce obligatorio el control de detención que deberá solicitar el fiscal. En este punto estimamos importante ahondar en un elemento que debe ser sujeto de estudio del Ministerio Público para argumentarlo o para investigarlo, y esto es la necesidad de cautela que prevé el 141 fracción III del CNPP.

En ese sentido, cuando se trate de terrorismo y terrorismo in-

ternacional, al ser delitos de prisión preventiva de oficio, estimamos que sería base suficiente para argumentar que llevar a la persona al proceso mediante cita sería hasta absurdo. La lógica de acudir por medio de cita, es que el imputado se quiere someter al proceso y lo hará deseoso de que sea en libertad. Sin embargo, constituye un gran aliciente de fuga el hecho de que si el imputado sabe que si se presenta, —al ser oficiosa la medida— preferiría sustraerse; ese resulta el argumento más lógico conforme a la teleología que señala el CNPP en necesidad de cautela. Es decir, necesidad de orden de aprehensión no siendo suficiente la cita judicial. Por su parte, cuando nos encontramos ante el delito de financiamiento al terrorismo, este no resulta de prisión preventiva de oficio y por lo tanto, el fiscal tendrá que acudir a los argumentos de la necesidad de cautela propios de la medida cautelar previstos en el artículo 167, 168, 169 y 170 del CNPP ya que deberá indagar en: 1) si el imputado no tiene arraigo, 2) tomar en cuenta las penas como otro requisito más de argumentación, 3) su conducta en procesos o investigaciones diferentes en las que ha sido procesado o sentenciado por otro delito, entre otros. Es decir, deberá realizar la argumentación jurídica lógica de que resulta inadecuada la cita judicial y

decirle al juez que en este caso, debe presentarse por conducto de orden de aprehensión porque es la única forma de conducirlo al proceso.

Un aspecto relevante que tiene que ver con la audiencia inicial es la formulación de imputación, en donde se debe señalar al imputado los cinco elementos que prevé el 311 del CNPP como son el hecho, la calificación jurídica preliminar, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la forma de intervención y quién lo acusa, teniendo cuidado en este último punto dado que por la gravedad del caso, podría omitirse este dato máxime, si puede existir reserva de investigación.

Es de mencionarse que en sí, este derecho de formulación de cargos es para que el imputado se defienda, incluso desde la detención, el imputado debe saber por qué lo detienen (CoIDH caso Espinoza González vs Perú, 2014, párr. 127), y en el caso en comento, conforme a la formulación de imputación, debe saber esos cinco requisitos, los cuales en terrorismo también persisten, como así lo ha aludido el sistema regional de derechos humanos (CoIDH caso J. vs Perú, 2013, párr. 198).

Una vez realizado lo antes señalado, y de acuerdo a la jurisprudencia de la SCJN 1ª Sala, 1a./J.120/2017 (10a), septiembre 2013, registro 2015704, y que se formule imputación, el imputado

deberá decidir si declara o no, para que después el Ministerio Público solicite o no la vinculación a proceso. Luego la defensa y el imputado deciden si ocuparán el plazo constitucional normal o ampliado de 72 o 144 horas. Aquí, el derecho de defensa se hace más patente, dado que en dicho plazo, y ya solicitada la vinculación a proceso, la defensa y el imputado saben el aspecto probatorio, fáctico y jurídico de la solicitud ministerial, por tanto, puede contradecirla para que una vez sucedido, si el imputado se acoge al plazo, el fiscal deberá justificar la medida cautelar que, si es oficiosa, no habrá cuestión alguna, pero si es de financiamiento al terrorismo, entonces deberá argumentarla conforme a los numerales ya citados de los peligros que pretende proteger el CNPP. Esto es porque la prisión preventiva, al ser la *ultima ratio*, deberá justificar su excepcionalidad conforme al numeral 156 del CNPP en cuanto a su idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Así, en sentido estricto, resultará pertinente que el fiscal ahonde en el estudio del sistema regional de derechos humanos que más ha obtenido criterios al respecto, de los cuales, la doctrina ya nos ha dejado mucho (García, 2014: 61 y ss; García *et al.*, 2014: 205-220; Salmón y Blanco, 2012: 256-260).

Con respecto a las diversas audiencias en cuanto a la intermedia,

el tema que brilla es el de la prueba ilícita que si se cuidó en la investigación en la audiencia no tendrá problemas, pues aquí se actualizarán los criterios de exclusión del 346 del CNPP y uno de ellos es que el medio de prueba ha sido obtenido violando derechos humanos, por lo tanto, aquí es donde en el ejercicio del *iter* probatorio en el caso el ofrecimiento y la admisión el cuidado de la licitud probatoria rinde sus frutos. Por su parte, en cuanto a la audiencia de juicio, es cuando el juez conforme a la protección de testigos deberá tomar las medidas para que sea cuidada su seguridad sin violentar el derecho a la defensa, tratando que la litigación en audiencia sea diligente y fluya la información, pues habrá que ver conforme a cada supuesto o caso si las víctimas tienen medidas de protección, incluso los testigos o servidores públicos, verificar si nos encontramos ante un grupo vulnerable o sospechoso que prevea el sistema de derechos humanos y accionar el protocolo de actuación correspondiente, por lo tanto, cada caso generará el ajuste razonable al procedimiento que se requiera.

V. CONCLUSIONES

Una vez expresados algunos puntos que nos parecen importantes en la investigación y juzgamiento del

delito de terrorismo en sus modalidades que prevé el CPF se concluye lo siguiente:

- El delito de terrorismo se legisla en México en un moderno derecho penal, en una visión de sociedades de riesgo y expansión penal donde puede coexistir con el derecho penal del enemigo, por lo tanto es nuestra obligación tener muy en cuenta tales tópicos a efectos de ampliar nuestra visión en el aspecto sustantivo.
- Si bien el delito de terrorismo es muy grave estamos en un Estado democrático de derecho donde los derechos humanos permean. De ahí que en su investigación y juzgamiento tales derechos deben ser respetados, siendo de esa forma como el fiscal y el juez podrán cumplir con su deber de debida diligencia.
- En la investigación el fiscal debe cuidar el tipo de acto de investigación que realice para poder dilucidar si será bajo control judicial o no, así como que tiene muchas herramientas, técnicas y métodos de investigación de donde puede echar mano para procurar justicia.
- Que en el proceso, específicamente en las audiencias, el juez

tiene que advertir el tipo de terrorismo juzgado para delinear los efectos de su resolución en ciertos temas como las medidas cautelares, en el principio de publicidad y diversos aspectos donde impacta el ilícito de mérito.

- Que si se logra este respeto a derechos humanos, realizándose una investigación y juzgamiento diligente podremos lograr las finalidades del proceso penal.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado.
- Coaña Be, L. (2014). *México: ¿Garantismo o derecho penal del enemigo?* México: Ubijus.
- Colina Ramírez, E. (2015). *Derecho penal del riesgo. Un estudio desde su legitimación*. México: Flores Editor.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Caso Espinoza González vs Perú.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Caso J. vs Perú.
- García Ramírez, S. (2014). *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*. México: Porrúa.
- Gómez Pérez, M. (2014). “La jurisprudencia interamericana sobre prisión preventiva”. En García Ramírez, S. et al. *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*. México: UNAM.
- Hairabedian, M. (2003). *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal*. Argentina: Ad Hoc.
- Jakobs, G., Polaino Navarrete, M. y Polaino-Orts, M. (2008). *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*. México: Flores editor.
- Martínez Álvarez, I. (2013). *El derecho penal del enemigo*. México: Porrúa.
- Martínez Álvarez, I. et al. (2015). *Derecho Penal del enemigo y derechos humanos*. México: Ubijus.
- Martínez Zurita, A. (2018). “El problema conceptual de la prueba en general en el CNPP”. En Hidalgo Murillo (ed.) *El problema de la Prueba*. México: Inmexius.
- . (2017). “La valoración de la Prueba”. En *Revista Mexicana de Ciencias Penales. Nuevo Sistema Penal Acusatorio*. México: INACIPE.
- . (2017). “Derechos humanos y Código Nacional de Procedimientos Penales. Un estudio del sistema universal y regional aplicable al proceso penal acusatorio en México”. En Uribe Manríquez, R. *Derecho Penal Contemporáneo 2*. México: Flores Editor.

Miranda Estrampes, M. (2013). *Concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Mexico: Ubijus.

Ontiveros Alonso, M. (2017). *Derecho Penal. Parte General*. Mexico: Ubijus e INACIPE.

Polaino-Orts, M. (2013). *El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho*. Mexico: Flores Editor.

Rivera Morales, R. (2016). *Actos de investigación y prueba en el proceso penal*. Mexico: Flores Editor.

Salmón, E. y Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Perú: Pontificia Universidad Católica.

Sánchez García de Paz, M. (1999). *El moderno derecho penal y la*

anticipación de la tutela penal. Valladolid: Universidad de Valladolid.

Silva Sánchez, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas.

Zaffaroni, E. (2011). *El enemigo en el derecho penal*. México: Coyoacán.

LEGISLACIONES

CNPP: Código Nacional de Procedimientos Penales.

CPF: Código Penal Federal.

CPUEM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

