

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO Y SU
SITUACION PROCESAL EN LA AVERIGUACION
PREVIA (ANALISIS DEL ARTICULO 127 BIS DEL
CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS
PENALES)**

**TESIS QUE EN OPCION AL GRADO DE MAESTRIA
EN CIENCIAS PENALES**

PRESENTA EL

LICENCIADO JESUS JONGUITUD ALFARO

CD. UNIVERSITARIA

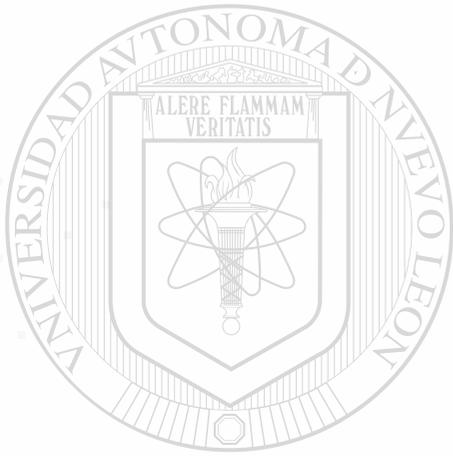
MAYO DEL 2004

LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO Y SU
SITUACION PROCESAL EN LA AVERIGUACION
PREVIA (ANALISIS DEL ARTICULO 127 BIS DEL
CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS
PENALES)

TM
K1
FDYC
2004
. J6



Rep. Sep 14 04



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO Y SU
SITUACION PROCESAL EN LA AVERIGUACION
PREVIA ANALISIS DEL ARTICULO 127 BIS DEL
CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS
PENALES**

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS
**TESIS QUE EN OPCION AL GRADO DE MAESTRIA
EN CIENCIAS PENALES**

PRESENTA EL

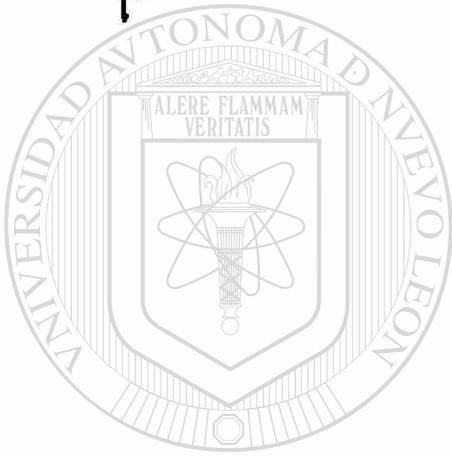
LICENCIADO JESUS JONGUITUD ALFARO

CD UNIVERSITARIA

MAYO DEL 2004

980564

TH
KI
FDYC
2004
.f6



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

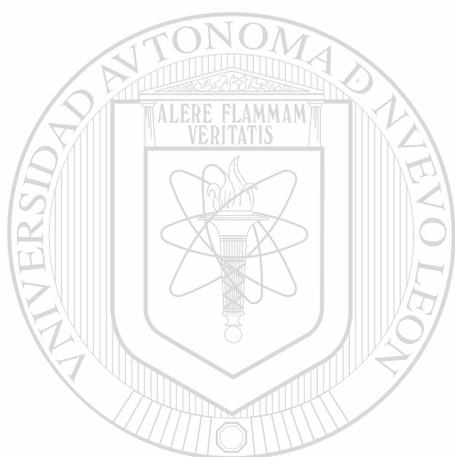


DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



**FONDO
TESIS**

In nomine Dei



A mis padres porque con su esfuerzo me permitieron llegar a este momento.

A mi esposa Adriana porque con su amor, paciencia y constante motivación hice realidad el sueño de concluir mis estudios de maestría y la realización de esta tesis.

A mis hijos Diego y Fabiola que son el motivo que alienta mi existencia.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ABREVIATURAS

En este trabajo de investigación se emplearon las siguientes abreviaturas:

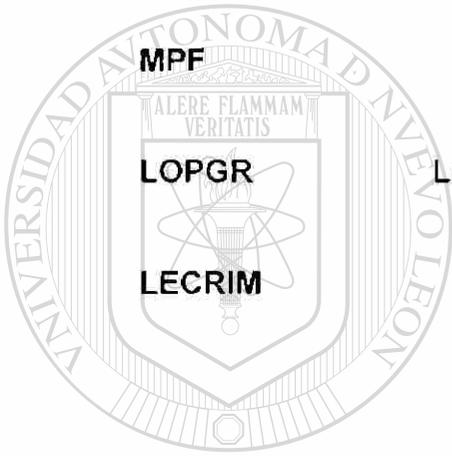
CFPP Código Federal de Procedimientos Penales

CPF Código Penal Federal

MPF Ministerio Público de la Federación

LOPGR Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

LECRIM Ley de Enjuiciamiento Criminal (España)



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



INTRODUCCIÓN

El tema se denomina “La asistencia legal al testigo y su situación procesal en la averiguación previa (análisis del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales)”.

El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, está redactado de la siguiente manera:

“ART. 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los caso (sic) de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.”

Esta norma se encuentra ubicada en el título segundo, capítulo II, del Código Federal de Procedimientos Penales, denominado “*reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa*”.

Como puede verse, se trata de una regla especial que sólo es aplicable en la etapa de averiguación previa; es decir, al momento en que la Institución del Ministerio Público de la Federación o sus órganos auxiliares recaban los datos y pruebas necesarias para el ejercicio o inejercicio de la acción penal, de acuerdo al mandato constitucional que le impone el artículo 21 de la Carta Magna.

Ahora bien, ¿Por qué la asistencia legal al testigo y su situación procesal en la averiguación previa?

En nuestro sistema procesal penal mexicano tradicionalmente se ha considerado que el acusado es el único sujeto con derecho a la asistencia de un abogado desde los primeros momentos de la investigación, de acuerdo con lo

establecido en el artículo 20, apartado "A", fracción IX y X, último párrafo, de la Constitución General de la República.

Sin embargo, el desarrollo del presente trabajo demostrará que no sólo el inculpado tiene ese privilegio, sino también el testigo al rendir su declaración en la fase indagatoria, y esto se logra a través del análisis científico del propio artículo 127 bis, con relación a los diversos 123, 124 y 125 del mismo Ordenamiento Legal; así como de la situación procesal de dicho individuo ante la autoridad investigadora, que se traduce en el estudio de los derechos y deberes que establece la ley con relación a dicho sujeto y las consecuencias que se derivan de sus status de órgano de prueba.

La norma que se analiza representa un límite a la facultad de interrogar del Agente del Ministerio Público y de sus auxiliares, al establecer que el abogado podrá impugnar aquellas preguntas que sean inconducentes o contra derecho; pero ¿Cuáles son ese tipo de preguntas? ¿A consideración de quién una pregunta es inconducente o contra derecho? ¿Sólo a esto se limita la función del abogado?.

En ocasiones, en la fase de averiguación previa es difícil determinar con exactitud la situación procesal de cada una de las personas relacionadas con el suceso delictivo, -llámese inculpado o testigo- y esto le da plena facultad al Ministerio Público en virtud del mandamiento constitucional del artículo 21, para formularle un interrogatorio general sobre todos los aspectos del hecho que ha sido denunciado; es decir, no solamente sobre lo que vio, escuchó o sabe respecto a los mismos, sino también preguntas relativas a conductas que tienen que ver con la tipicidad del delito y con la responsabilidad penal, pues no debe olvidarse que es el persecutor de éste.

Lo anterior está íntimamente relacionado con este estudio, porque el individuo (testigo) que está siendo objeto de la investigación tiene derechos fundamentales que no pueden ser violentados en aras de la procuración de justicia.

Bajo esa premisa, el problema jurídico que motiva el presente trabajo es, ¿Cuál es el alcance de la función del abogado que asiste al testigo en su declaración de acuerdo con el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales?; cuando el Ministerio Público cita a una persona en calidad de testigo y se dan las siguientes situaciones:

a).- Que al estar relatando los sucesos refiere alguno o algunos que lo involucran directa o indirectamente en la comisión del delito.

b).- En el desarrollo de la diligencia, el Representante Social no sólo lo interroga sobre lo que vio, escuchó o sabe sobre los hechos sino que también lo considera sospechoso de haber participado en los mismos y lo cuestiona sobre ello. Es decir, simultáneamente adquiere la calidad de testigo e indiciado.

En apariencia, el estudio del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no representa mayor problema para deducir que efectivamente el testigo tiene derecho a ser asistido por un abogado durante su deposición; sin embargo, esto no es lo único que se pretende con esta disertación, sino también establecer los alcances de esa importante función del letrado al momento del desahogo del testimonio, lo que requiere establecer su claridad científica y para ello formulé diversas hipótesis que se presentan en torno al tópico motivo de análisis, en la forma siguiente:

1).- El testigo tiene diversos derechos en la fase de averiguación previa.

2).- El testigo tiene obligaciones en la fase de averiguación previa y éstas le pueden producir consecuencias legales.

3).- El contenido del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, es uno de los derechos del testigo en el período de indagaciones; y en consecuencia, debe ser asistido por un abogado en su respectiva declaración ante el Ministerio Público Investigador.

4).- El artículo 127 bis, del Código de Federal de Procedimientos Penales, fue motivado en el respeto a los derechos humanos de toda persona por el sólo hecho de serlo; y uno de ellos, es precisamente la asistencia legal en su declaración ante las autoridades investigadoras.

5).- La asistencia legal a un testigo se justifica porque la ley establece diversos derechos y obligaciones en relación a los cuales requiere conocer sus alcances.

6).- El fundamento constitucional del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, lo son los artículos 14, 16 y 20 fracciones II y IX, de la Constitución General de la República, porque la asistencia del abogado al testigo se traduce en el respeto a las garantías de legalidad, de no auto-incriminación y de defensa a que se refieren los citados preceptos, y de no declarar contra quienes la ley le da el privilegio de callar.

7).- Desde el punto de vista jurídico y en la práctica sí es posible que una persona sea interrogada como testigo e indiciado en forma simultánea.

8).- Dentro de las preguntas “inconducentes” o “contra derecho”, se encuentran las que están relacionadas con la sospecha de la autoridad investigadora de que el testigo pudo haber participado directa o indirectamente en los hechos delictuosos, o las que se refieren a su esposa, hijos, padres; etc.

9).- El abogado debe pugnar porque se respete en todo momento la condición de testigo de la persona que declara y que cuando advierta que la autoridad pretende

conducir a este último a través del interrogatorio al ámbito de descubrir su participación en la comisión delictiva materia de la investigación, está en aptitud legal de recomendar a su asistido de abstenerse de contestar aquellas preguntas cuya respuesta pudieran incriminarlo, pues en este caso, se convierte en su defensor y debe operar el contenido del artículo 20, fracción II y IX, de la Constitución General de la República.

En otras palabras, la persona que está siendo asistida está en condiciones de ser aconsejada por su abogado y no responder porque considero que estas interrogantes tendrían el carácter de ser contra derecho, ya que se estaría obteniendo una declaración de manera ilegal tomando en cuenta que cuando a un sujeto se le otorga la calidad de testigo está obligado a declarar; y por ende, a dar respuesta de todo aquello que se le pregunte.

10).- Existe excepción a la regla general de declarar cuando el cuestionamiento realizado al testigo se extiende al campo de su propia intervención en la comisión delictiva (acción u omisión); es decir, considerarlo sospechoso de que participó (directa o indirectamente) en la perpetración del ilícito, y es aquí cuando surge el derecho a defenderse porque en forma simultánea se le pide declarar como testigo e indiciado; por lo tanto, está en aptitud de acogerse a los beneficios del artículo 20 constitucional, en su fracción segunda, para no contestar dichas preguntas (incriminatorias únicamente).

11).- El testigo que se abstiene de contestar una pregunta cuya respuesta pudiera incriminarlo, no comete el delito de falsedad en declaraciones judiciales a que se refiere el artículo 247, fracción I, del Código Penal para el Distrito Federal, por conducta omisiva, porque está ante una causa de justificación para no hacerlo que tiene su fundamento en la fracción II, del artículo 20, de nuestra Carta Magna con relación a la fracción VI, del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal.

También cuando se refiere a personas que la ley lo exime de la obligación de declarar.

12).- Para demostrar los conceptos de amor, respeto, cariño, o estrecha amistad, a que se refiere el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, no requieren de una prueba tan rigurosa, pues basta la manifestación del testigo en el sentido de que se encuentra en alguno de esos supuestos por tratarse de una cuestión subjetiva que sólo siente o sabe el que lo externa; y si el Ministerio Público exige algún dato probatorio, debe ser suficiente algún indicio de que efectivamente está relacionado con el inculpado.

13).- Es una obligación del Agente del Ministerio Público informarle al testigo del derecho que tiene a ser asistido por un abogado y en caso de que no cuente con uno, debe asignarle al oficial.

Como puede advertirse, la investigación que he realizado tiene un enfoque práctico sobre la situación procesal del testigo en la averiguación previa y aunque es un tema poco tratado por los juristas del foro, encontré diversos criterios doctrinarios relacionados con éste que dan sustento a mi postura, así como antecedentes históricos que se relacionan con la justificación de la asistencia legal al testigo y desde luego los de carácter legislativo que me permitieron analizar los supuestos legales actuales, sin dejar de considerar a los diversos precedentes del Poder Judicial de la Federación que fueron fuente importante para normar el análisis y conclusiones del trabajo.

Así las cosas, en el capítulo primero "Antecedentes históricos en el derecho comparado", consideré la situación procesal del testigo en la antigüedad, en el que abordé el tema de que en el procedimiento penal romano dicho sujeto fue víctima de la tortura para obtener sus declaraciones; así como el derecho procesal penal español, en el que las deposiciones de los testigos eran recabadas en secreto;

hechos que fueron relacionados con la justificación de la asistencia legal al testigo porque la presencia del abogado es una garantía de que su testimonio se obtendrá se una manera libre sin el empleo de métodos violentos, físicos o psicológicos.

En este mismo apartado se tomaron diversos aspectos de la situación procesal del testigo en el derecho procesal penal español de los años 1820, 1830 y 1836, en los que destacan por su trascendencia con el asunto de que se trata, el relativo a la figura del intérprete que se contemplaba en el artículo 3º, del real decreto de 11 de septiembre de 1820, al que considero como antecedente directo de la asistencia al testigo, puesto que desde entonces ya se establecía la presencia de éste (intérprete) en su declaración. Así como los aspectos contenidos en los códigos procesales que hacían referencia al juicio criminal del derecho español, recopilados por Don Eugenio de Tapia en su obra denominada "FEBRERO NOVÍSIMO Ó LIBRERÍA DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS", del año 1830, en el que reporta que el testigo podía ser considerado como sospechoso de haber intervenido en la comisión del delito durante su deposición, que fue una de las hipótesis propuestas para esta investigación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 (III), de la citada fecha (10 de diciembre de 1948), de cuyo documento se advierte la tendencia mundial de eliminar la tortura de los procedimientos judiciales; además del principio de igualdad ante la Ley y el concepto de "toda persona", que también se utiliza en la descripción del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, en el

que se establece el “acceso a la asistencia jurídica y a los servicios jurídicos”, como derecho de toda persona.

En el capítulo II, “Antecedentes histórico-legislativos mexicanos relacionados con el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales”, analicé diversas disposiciones legales del Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, del Código de Organización, Competencia y de Procedimientos en Materia Penal del 4 de octubre de 1929 y del Código Federal de Procedimientos Penales de 1934; los antecedentes históricos del Artículo 20 de la Constitución Mexicana de 1917; la exposición de motivos del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza presentado a la Asamblea Constituyente de 1917, respecto al artículo 21; el Decreto del 20 diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991, por el que se adicionó el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

En el capítulo III “naturaleza jurídica de los conceptos “testigo” y “asistencia legal”, realicé un estudio de tales figuras jurídicas desde el punto de vista de su significado gramatical, doctrinario, legislativo y de los precedentes del Poder Judicial de la Federación, cuyo objetivo es clarificar ampliamente dichos conceptos; y una vez efectuado el análisis respectivo, el autor expone una definición sobre los mismos. ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En el capítulo IV “La asistencia legal al testigo en la doctrina”, expuse diversas opiniones de autores extranjeros y nacionales, entre las que destacan por su importancia con el tópico que se estudia, las de los autores Julio Hernández Pliego y Miguel Héctor Ponce Ramírez, quienes en sus respectivas obras “El Proceso Penal Mexicano” y “Práctica Forense para el Defensor dentro del Período de Averiguación Previa”, estudian el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales y concluyen que conforme a esta norma el testigo tiene el derecho a ser asistido por un abogado durante su declaración. Sin que esto signifique que las ideas de los demás doctrinarios que fueron citados sean menos

importantes pues también fueron relacionadas con las diversas hipótesis planteadas para la presente investigación.

En el capítulo V “La asistencia legal al testigo en la legislación mexicana”, analicé los artículos 1º y 102 de la Constitución General de la República, así como las fracciones II y IX, del apartado A, del artículo 20 del mismo Ordenamiento Legal; el artículo 150 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León; el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila; los criterios sustentados por el Poder Judicial Federal de México. De dicho estudio se logró establecer que no sólo el Código Federal de Procedimientos Penales, contempla la asistencia legal al testigo sino también a nivel local como lo son las leyes adjetivas penales de las dos Entidades Federativas aludidas.

Además dejé establecido que el fundamento constitucional del artículo 127 bis en comentario, lo es el numeral 1º de la Carta Magna por contener el derecho sustantivo en el que se protegen los derechos humanos de toda persona que se encuentre en el territorio nacional, de cuya naturaleza participa la asistencia legal al testigo en la averiguación previa.

Lo expuesto en el párrafo anterior, me permitió concluir que la hipótesis planteada al inicio de este trabajo en el sentido de que el fundamento constitucional del artículo 127 bis del CFPP, lo son los artículos 14, 16 y 20 fracciones II y IX, de la Constitución General de la República, no fue demostrada, puesto que como quedó establecido dicho numeral encuentra sustento constitucional en el actual artículo 1º de la Carta Magna.

En el capítulo VI “La asistencia legal al testigo en el derecho comparado”, realicé el estudio de normas del derecho extranjero que están relacionadas con la asistencia legal al testigo que establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, siendo éstas, el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento

Criminal Español, que protege el derecho del testigo a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; el artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, que prevé del derecho del declarante a estar acompañado de un abogado de su confianza y que éste sólo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º, que impone a las autoridades la observancia de las garantías constitucionales; el artículo 79 del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina, que se ubica en el capítulo III de la referida ley, denominado “Derechos de la víctima y el testigo”, y que establece diversos derechos del testigo que deberán ser observados desde el inicio del proceso hasta su finalización, entre ellos, el de recibir un trato digno y respetuoso de las autoridades.

En el capítulo VII “Fuentes de información que revelan la calidad de testigo en la averiguación previa”, abordé diversos temas tales como el lugar del hecho delictuoso; la denuncia y la querrela; las huellas, vestigios, instrumentos o cosas objeto del delito; los informes de policía; pues éstos son fuente de información que reportan la calidad de testigo y que necesariamente deben ser considerados en el análisis de la asistencia legal a éste, puesto que el abogado debe conocer el origen que motiva la cita de su asistido y así poder estar en condiciones de ponderar las preguntas que le formule el Ministerio Público; es decir, si son inconducentes o contra derecho.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En el capítulo VIII “Órganos facultados para examinar al testigo en la averiguación previa”, establecí que éstos son: el Agente del Ministerio Público Federal, la Policía Judicial Federal (ahora Agencia Federal Investigadora) y las autoridades auxiliares del Ministerio Público, que señala el artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

En el capítulo IX “Facultades de las autoridades investigadoras para examinar al testigo en la averiguación previa”, se conocerán las facultades que tiene el Agente

del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora con relación al testigo y con el derecho a la asistencia legal que tiene éste durante su declaración.

En el capítulo X “Derechos del testigo en la averiguación previa”, se realizó un análisis de los derechos que establece el Código Federal de Procedimientos Penales a favor del testigo y que consideré fundamentales para una adecuada asistencia legal a dicho sujeto durante su declaración. Este apartado resulta interesante porque se aborda en forma específica los derechos del testigo desde el punto de vista procesal y de los cuales debe tener conocimiento antes de su comparecencia; entre los que destacan, el derecho a no firmar la declaración; leer el acta que contiene su deposición y hacer modificaciones o rectificaciones antes de firmarla; hacer modificaciones o rectificaciones después de firmada pero antes de retirarse; nombrar un traductor, un intérprete; impugnar el medio de apremio; a ser citado con 48 horas de anticipación; etc.

Al igual que en el apartado en el que se tocó el tema de los derechos del testigo en la averiguación previa, consideré necesario que dicho sujeto debe tener conocimiento de los deberes que tiene frente a la autoridad investigadora como parte de la asistencia legal que le proporcione el abogado, a fin de evitar que su desconocimiento le provoque consecuencia jurídicas, es por ello que en el capítulo XI “Deberes del testigo en la averiguación previa”, estudié lo relativo a su deber de presentarse a declarar sobre los hechos que investiga el Ministerio Público; a dar respuesta a las preguntas que le formule este Funcionario Público o sus órganos auxiliares; de decir la verdad y rendir la protesta de ley.

En el capítulo XII “Consecuencias del incumplimiento de los deberes del testigo”, estudié las posibles consecuencias a las que se vería constreñido el testigo en caso de que faltara a alguno de sus deberes, como lo son correcciones disciplinarias, medidas de apremio, el delito de desobediencia y resistencia de particulares y el de falsedad.

· Así las cosas, después de haber hecho el estudio de lo expuesto en los capítulos del I al XII, me permitió hacer un análisis exhaustivo del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que es precisamente el objetivo de esta tesis.

En esta sección, se conocerá el concepto de "toda persona"; la función del abogado al asistir al testigo; se precisa lo que se debe entender por pregunta inconducente o contra derecho; analicé la situación del testigo y del inculcado a la luz de la interpretación del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; entre otros.

El capítulo XIV "Alcances de la asistencia legal al testigo en la averiguación previa", lo dediqué a la casuística que exige la hipótesis planteada para la presente investigación con relación al contenido del numeral en comentario, a fin de determinar sus verdaderos alcances; y así por ejemplo, se habló de la justificación de la asistencia legal al testigo; su relación con los derechos humanos y su vinculación con las garantías individuales de no auto-incriminación y de defensa, que establecen las fracciones II y IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

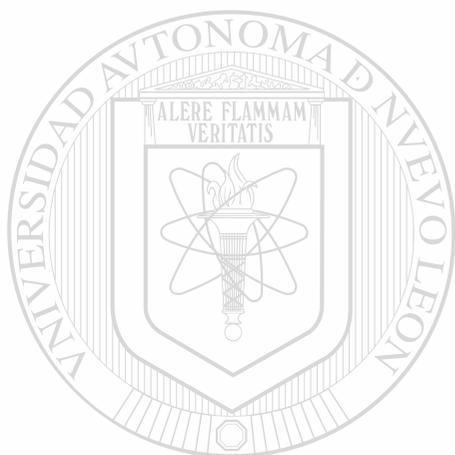
Por último, en el capítulo XV "Consecuencias de la inobservancia al derecho de asistencia legal al testigo", que primordialmente tiene como finalidad establecer el valor probatorio que tiene la declaración de un testigo cuando no fue informado de su derecho a la asistencia de un abogado. Además se determina el concepto de prueba ilícita y su relación con la inobservancia a la citada prerrogativa.

Después de haber escrito el presente trabajo me doy cuenta del acierto que tuvo el legislador federal al crear el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, por tratarse de una norma que rompió el paradigma que

significaba mantener aislado al testigo de cualquier asesoría jurídica. Además creo que todavía quedaron puntos por tratar sobre tan interesante tema y hago el compromiso de seguir investigando sobre el mismo.

Espero que esta investigación sea de utilidad para toda aquella persona interesada por la ciencia del derecho.

Monterrey, N.L., a 7 de julio de 2003




LIC. JESUS JONGUITUD ALFARO

UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO COMPARADO

1. La situación procesal del testigo en la antigüedad.

Históricamente se ha considerado que el único que requiere de la asistencia de un abogado en los procedimientos del orden penal, es aquella persona a quien se le atribuye la comisión de un delito y que recibe el nombre de indiciado, inculpado, acusado, procesado, imputado; etc. Numerosas son las obras jurídicas dedicadas al estudio sobre la condición de dicho sujeto y en lo concerniente a su defensa.

Sin embargo, estimo que también la historia reporta innumerables antecedentes sobre la situación procesal del testigo frente a la autoridad, que me han llevado considerar que éste (testigo) también puede ser asistido legalmente por un profesional del Derecho, con sustento en el supuesto normativo establecido en el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales¹, que es el motivo de estudio de este trabajo.

En la antigüedad, el testigo fue víctima de la tortura para obtener sus declaraciones; y sobre ello, Eugenio Florian en su obra "*De las pruebas penales*"², recaba importantes datos del procedimiento penal romano, y nos dice:

"La tortura, aplicada en principio solo a los esclavos como requisito de credibilidad, se convirtió más tarde (bajo el imperio) en instrumento de presión

¹ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales (véase artículo 243). Berbera Editores, S.A. de C.V., México, 2002. 212-213 p.

² Eugenio Florian. *De las pruebas penales*. Trad. Jorge Guerrero (del italiano al español). Tomo II. 3ª Ed. Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1990. 94-95 p. La cita fue obtenida por el citado tratadista de las siguientes fuentes: "PAULO Sent., v. 29, 2; Digesto, Libro XI, tit. VIII, ley 18. MOMMSEN, Rom, Strafr., p. 405-408. Acerca de la utilidad los tormentos como medio para decir la verdad discurre QUINTILIANO, De instituto oratoria, tit. v, cap. IV, De Tormentis. QUINTILIANO (Declamaciones 397) dice que mentiuntur plerumque torti (por lo general los sometidos a tortura mienten). COSTA, Cicerone giureconsulto t. IV, p. 90 y nota 4. VALERIO MAXIMO, loc cit., Libro VIII, cap. IV (retro, cap. III, nota 8). MESSINA (ob. cit., p. 127)."

para obtener el testimonio (¿verídico?), y como tal fue empleada también en relación con algunos delitos y con ciertas personas, contra los libres, y en cambio, se dejó de aplicar a los esclavos cuando parecía superflua. La tortura aplicada a los testigos no es ya una contramarca de los esclavos, sino que tiende a convertirse en medio (un medio muy triste y reconocido, por otra parte, como ineficaz para los mismos romanos) de coerción para los testigos de quienes se sospecha que no dicen la verdad, igualando así en el tratamiento a los esclavos con ciertas categorías ínfimas de libres.”

Por su parte, Enrique Paillas en su libro *“La prueba en el proceso penal”*³, al hacer un referencia sobre el procedimiento penal en las Partidas, expone lo siguiente:

“La tortura podía también imponerse a los testigos siempre que el juez entendiese que alguno “anda desuariando en sus dichos e se mueve maliciosamente para dezir mentira” –salvo que se tratara de personas liberadas de este aprecio-, pero no podía aplicarse a un testigo para que declarase en contra de su marido o mujer, ni a los suegros contra sus yernos, ni a los padrastros contra sus entenados y “viceversa”, como tampoco a los que hubieran obtenido la libertad para que declarasen contra aquéllos que los liberaron”

Como se ve, desde entonces la tortura fue uno de los medios más utilizados para obtener –según esto- las declaraciones “verídicas” de los testigos, a quienes se trataba casi como esclavos, lo que representaba un atentado hacia la dignidad humana.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

La existencia de la tortura aplicada a los testigos para obtener sus declaraciones a lo largo de la historia del procedimiento penal, viene a ser un antecedente que necesariamente debe ser tomado en cuenta en relación con el tema a tratar porque resulta obvio que la presencia de un abogado en la diligencia

³ Enrique Paillas. *La prueba en el Proceso Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor y Editorial Jurídica de Chile, México, 1991. 50-52 p. Esta información fue tomada en forma literal y el autor lo adquirió de la Ley VIII, tít. XXX, Part. 7ª y Ley IX, tít. XXX, Part. 7ª. Esto probablemente se ubica en el año de 1788, pues el autor cita una obra denominada *“Práctica Universal Forense de los Tribunales de España y de las Indias, de don Francisco Antonio de Elizondo, en cuya fuente dice que se habla de un formulario de escrito pidiendo al (sic) aplicación de tormento.”*

representa una garantía de que sus derechos no serán alterados mediante métodos violentos, psicológicos, etc.

Otro dato importante es el que nos relata el autor Joaquín Escriche, en su obra "*Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*"⁴, al hacer el estudio sobre la definición de "testigo", en donde señala que en el Derecho Español, los testigos eran declarados en secreto ante la presencia del Juez y del escribano y haciendo una comparación con el Derecho Romano, elogia el sistema empleado por este último, en el que las deposiciones eran públicas.

"Entre los Romanos se examinaba públicamente á los testigos en presencia del acusado, quien podía responderles y replicarles y hacerles preguntas y repreguntas por sí mismo o por medio de un abogado. Este procedimiento era noble y franco, y respiraba la grandeza romana. Mas entre nosotros todo se hace en secreto; un solo juez con su escribano oye á los testigos separadamente uno tras otro, sin que pueda asistir el interesado."

En otro apunte del escritor Joaquín Escriche op. cit.⁵, refiere que en las Ley de las Partidas se sancionaba al testigo falso, y respecto a esto, señala lo siguiente:

"El que falta maliciosamente á la verdad en sus deposiciones, sea negándola, sea diciendo lo contrario á ella. La legislación de las Partidas da facultad al juez para que imponga la pena que estime correspondiente al que diga falso testimonio o encubra á sabiendas la verdad, atendiendo á las circunstancias de las personas y de los hechos, por no poderse establecer igual pena para todos; ley 42, tit. 16, Part. 3."

Ahora bien, no solo encontramos antecedentes históricos respecto a la tortura sobre los testigos, la declaraciones en secreto, la sanción al falso testimonio, sino también en lo relativo a un derecho de éstos (testigo) que desde entonces existía, el de la excepción al deber de declarar; y sobre ello, el autor Eugenio Florian⁶ obtiene

⁴ Joaquín Escriche. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. T. II, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979. 1502 p.

⁵ Joaquín Escriche. op. cit., 1502 p.

⁶ Eugenio Florian, op. cit., 134 p.

datos interesantes del proceso penal romano, cuando se trataba de parientes del acusado, específicamente en disposiciones de la Ley Julia, que referían lo siguiente:

“...59. EVOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LOS PARIENTES: PROCESO PENAL ROMANO, PROCESO PENAL COMÚN, CÓDIGOS MODERNOS. En el proceso penal romano se excluía del testimonio a ciertos parientes o por lo menos no se le podía obligar a rendirlo; la ley Julia aceptaba solo a los que lo hicieren voluntariamente, volentes, pero JUSTINIANO ni siquiera a estos. He aquí las fuentes:

D., XII, 5, 4: Lege Julia iudiciorum publicorum cavetur, ne invito denunciatur, ut testimonium litis dicat adversus socerem, generum, victricum, privignum, sobrinum, sobrinam, sobrino, natum eosve qui priore gradu sint (En la ley Julia sobre los juicios públicos se ordena que no se obligue a nadie a que declare en juicio contra su suegro, yerno, padrastro, primo, sobrina, o hijos de esta, o contra los que están en primer grado).”

De lo anterior se advierte que la Ley Julia excluía de rendir testimonio a ciertos parientes, que aunque no dice con claridad que se refiera a los del acusado, interpreto que al utilizarse la frase ***“que no se obligue a nadie a que declare en juicio contra su suegro, yerno, padrastro, primo, sobrino, sobrina, o hijos de esta, o contra los que están en primer grado”***, se está dando a entender que a esas personas no se le podía obligar a declarar en contra del autor del delito y sólo se aceptaba a los que lo hicieren voluntariamente.

Esta forma de pensar sigue prevaleciendo hasta nuestros días, pues en los actuales Códigos de Procedimientos Penales se continúa considerando como una excepción al deber testimoniar, salvo que el testigo manifieste su voluntad de declarar se procederá a recabar su dicho.⁷

2.- La situación procesal del testigo en el derecho español en los años de 1820, 1830 y 1836.

De acuerdo con el autor Joaquín Escriche⁸, en el real decreto de 11 de septiembre de 1820, restablecido el 30 de agosto de 1836, encontró las siguientes disposiciones:

“Art.1.- Todos sin distinción alguna están obligados, en cuanto la ley no les exima, á ayudar á las autoridades cuando sean interpelados por ellas para el descubrimiento, persecución y arresto de los delincuentes.”

“Art. 2.- Toda persona de cualquier clase, fuero y condición que sea, cuando tenga que declarar como testigo en una causa criminal, está obligada á comparecer para este efecto ante el juez que conozca de ella luego que sea citada por el mismo, sin necesidad de previo permiso del jefe ó superior respectivo (...).”

7.- “Art. 3.- Toda persona que en estos casos, cualquiera que sea su clase, debe dar su testimonio, no por certificación o informe, sino por declaración bajo juramento en forma, que deberá prestar según su estado respectivo ante el juez de la causa ó el autorizado por este (...).”

En estas disposiciones legales de aquella época encontramos referencia sobre la obligación de comparecer ante el Juez para rendir declaración y nótese, por ejemplo, que el mencionado artículo 2º establecía, que el deber de acudir ante la autoridad nacía luego de ser citado. Así mismo, en el numeral 3º, se contemplaba la declaración bajo juramento, que equivale a lo que ahora conocemos como rendir protesta de decir verdad.

Uno de los primeros antecedentes de asistencia al testigo fue el del intérprete juramentado como el testigo, cuando no hablaba el idioma del lugar en el que tenía

⁷ Cfr. *Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales* (véase artículo 243). Berbera Editores, S.A. de C.V., México, 2002. 252 p.

⁸ Joaquín Escriche. op. cit., 1500 p.

que rendir su declaración; y sobre ello, encontramos el siguiente dato dentro del texto del mencionado artículo 3º, del real decreto de 11 de septiembre de 1820⁹, que dice:

“(...)Si algún testigo no supiere la lengua vulgar, se le examina por medio de dos interpretes juramentados como los testigos; bien que si no hubiese mas que un intérprete en el pueblo, ó se convinieren las partes en que sea uno solo, valdrá su dicho.(...)”

Así mismo, podemos señalar algunos de los aspectos contenidos en los códigos procesales que hacían referencia al juicio criminal del derecho español, recopilados por Don Eugenio de Tapia en su obra denominada “FEBRERO NOVÍSIMO Ó LIBRERÍA DE JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS”¹⁰, del año de 1830, que se relacionan con el tema en estudio, toda vez que se encuentran dentro del capítulo denominado “*Averiguación del delincuente*”; y en el cual, el autor explica, que existían dos medios para realizar la indagatoria; el primero, por escritos ó documentos; y el segundo, por testigos; siendo este último el que nos interesa para el fin propuesto, sin que por ello se entienda que la prueba documental no tiene relevancia, sólo que en éste caso, es conveniente profundizar en el segundo medio de convicción mencionado (testigos); por lo tanto, transcribo lo siguiente:

“14. El testigo no solo debe declarar sobre lo principal de la pregunta ó cita que se le hace, sino que además ha de explicar las circunstancias del suceso, especialmente cuando de omitirse estas, ha de quedar confuso ó dudoso lo declarado. La manifestación de dichas circunstancias conduce para muchos fines, pues califica la verdad de lo que depone, facilita á veces la defensa ó inocencia del reo, **y constituye sospechoso en otras al propio testigo, tanto en la falsedad de su dicho, como en la culpa del delito que se indaga.**”

“20. Estas indagaciones minuciosas sirven á veces, no solo para descubrir al reo principal, **sino también para que el mismo testigo se descubra, ya cohonestando ciertos hechos de mala especie, ya disculpándose intempestivamente, tergiversando cosas aplaudiendo la**

⁹ *Ibíd.* 1500 p.

¹⁰ Eugenio De Tapia. *Febrero Novísimo, ó Librería de Jueces. Abogados y Escribanos*. T. VII. Perpinan por I, Mompié y Compañía, España, 1830. 305-312 p. El autor hace referencia a la fuente informativa de la que obtuvo el dato indicado y aparece como Herrero. Lib. 1. Cap. 2 3. núm. 15.

conducta de los reos, ó cometiendo oficiosidades y contradicciones que le hacen parte interesada ó cómplice en el asunto.”

“21. Cuando la falsedad, contradicciones ó excusas no pedidas al testigo ú otro accidente resultante de su declaración ó de los autos indica su culpa o complicidad en el delito que se inquiere, se hacen preguntas directas e indirectas como si fuese reo; y presumiéndose con fundamento que lo es, se le asegura en prisión, siguiendo la causa con él como con los principales. No solo en este caso, sino en los de ser hombre sin arraigo, ó temerse a su larga ausencia á país distante, de modo que después no pueda ser ratificado, se le tiene en arresto (a costa de quien se proceda), o se le suelta con fianzas (1)”.

Lo expuesto en el punto 21 citado, es el que se ajusta al objeto de nuestro trabajo y considero que es uno de los antecedentes históricos que sirven para entender el por qué de la asistencia legal al testigo en el período de averiguación previa, pues de tal referencia se observa, como el testigo al dar respuesta al interrogatorio formulado por la autoridad, podía auto-incriminarse y en ese mismo momento era considerado como reo y también era asegurado y puesto en prisión o en arraigo.

De acuerdo con el estudio hecho por Don Eugenio De Tapia, en el procedimiento penal español de 1830, el testigo podía ser considerado como sospechoso de haber intervenido en la comisión del delito y de manera clara explica como se desarrollaba la averiguación del delincuente, que es un equivalente a lo que ahora conocemos como averiguación previa en nuestro Derecho Procesal Mexicano.

De estos precedentes se puede advertir que ya en aquel tiempo al testigo se le podía tratar también como indiciado en el mismo momento de la declaración, en la etapa de averiguación del delito, a través de un interrogatorio directo e indirecto, según se desprende del punto 21 citado.

Considero que este antecedente es susceptible de ser sustento real para establecer la necesidad de que el testigo en el período de indagaciones sea asistido por un abogado en el instante de su deposición dado que al ser considerado participe

en el ilícito –fundada o infundadamente- tiene derecho a tener una defensa adecuada y hacer uso de las garantías que en esa materia le ofrece la Constitución Mexicana, en su artículos 20, fracciones II y IX.

En nuestra opinión, los antecedentes antes referidos establecen el punto de partida que me ha llevado a considerar la necesidad de la asistencia legal al testigo, y que ésta es posible de acuerdo con lo establecido en el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales¹¹, pues si bien la tortura actualmente está prohibida, la realidad es que se sigue empleando en sus diversas formas (violenta, psicológica, etc); así como también es práctica común que el Ministerio Público cite a una persona en calidad de testigo y al estar rindiendo declaración pasa a ser considerado como indiciado, sin darle la menor posibilidad de que pueda hacer uso de su derecho a callar.

3.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

A medida que fue evolucionado la sociedad y con ella la consideración a la dignidad humana, el hombre ha tratado por diversos medios garantizar el respeto a sus derechos fundamentales, y uno de ellos es precisamente, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948*, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 (III), de la citada fecha (10 de diciembre de 1948)¹²; y de sus diversos artículos, en mi opinión, resultan importantes por estar relacionados con el tema a tratar, los marcados con los números 5, 7, 8 y 10, que dicen lo siguiente:

¹¹ Op. cit. 252 p.

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948. Internet, página de la ONU, webadminhchr@unog.ch

“Artículo 5.- Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

“Artículo 7.- Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.”

“Artículo 8.- Todo persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

“Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.”

De las disposiciones anteriormente señaladas tiene relevancia la clara tendencia mundial de eliminar la tortura de los procedimientos judiciales; además del principio de igualdad ante la Ley y el concepto de “toda persona”, que también se utiliza en la descripción del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyo análisis y estudio se verá más adelante. Vid Infra p. 232.

4.- Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En este importante Congreso de la ONU¹³ encontramos referencias inherentes sobre nuestro trabajo, específicamente en lo relacionado con la asistencia legal, y de sus resoluciones considero que es trascendente señalar las siguientes:

“(…)Considerando que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, **requiere que**

¹³ 8º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*. Del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Internet, Página de la ONU, webadminhchr@unog.ch

todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente (...)

Como puede advertirse de esta parte sustantiva de la resolución adoptada en el aludido Congreso, ya se emplea el concepto de ***“toda persona”***; es decir, tal expresión no particulariza a un sujeto en específico, como lo podría ser el indiciado o acusado en el procedimiento penal, que es el que generalmente se le relaciona con la necesidad de ser asistido por un abogado, sino que su sentido lato sensu, y en mi opinión, se refiere a que cualquier individuo para hacer valer adecuadamente sus derechos humanos y libertades fundamentales tiene derecho a recibir asesoría jurídica.

Dentro de los principios adoptados por el Congreso de la ONU, se encuentra el de “acceso a la asistencia jurídica y a los servicios jurídicos”, y en su artículo número 1, se establece lo siguiente:

“1.- Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.”

Este precepto viene a confirmar que la intensión del Organismo Mundial siempre fue en el sentido de utilizar el concepto de “toda persona”, que insisto, resulta relevante para el tema de que se trata porque en mi criterio, la asistencia legal no sólo está relacionada con el inculpado sino también puede proporcionarse al testigo en la fase de averiguación previa, que será punto de análisis de esta disertación.

Ahora bien, en diverso apartado del documento en comentario, denominado “Garantías para el ejercicio de la Profesión”, en su artículo 19, se establece otro de los principios relacionados con el derecho a la asistencia legal, y que dice lo que a continuación transcribo:

“19.- Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.”

Si bien esta disposición establece una garantía para la adecuada función del profesional del Derecho, en mi criterio, también engloba un privilegio de toda persona frente al poder público, que es el de acceso a la asistencia legal y que asegura la presencia del abogado en la actuación que se pretenda realizar.

Al inicio de esta investigación se dijo, que uno de los puntos de análisis es el de establecer si el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁴, contiene o no, el derecho del testigo a ser asistido por un abogado en su declaración ante las autoridades investigadoras; en razón de ello considero, que el artículo 19 en comentario, bien puede ser estimado como un antecedente de la asistencia legal al testigo, al mencionar en su texto:

“Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente (...)”

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que si en la Legislación de un País, [®] se reconoce el derecho de toda persona a ser asistido por un abogado, no se podrá hacer nugatoria la facultad que tiene este último de presentarse ante la Autoridad para asesorar a su cliente, que es uno de los fines que se persigue con la presente investigación.

Decidí incluir los “Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, en este capítulo de antecedentes históricos, porque creo que tales

resoluciones de la ONU influyeron en el ánimo de los legisladores para la creación de nuevas normas que permitieran el efectivo acceso al consejo legal de un abogado, a toda persona que por alguna razón tuviera que participar en las fases del procedimiento penal; es decir, que no sólo se ciñeran a la situación procesal del acusado sino también a la de aquellas a las que necesariamente se tiene que recurrir para lograr la adecuada investigación del delito; entres los que considero, se encuentran los peritos y los testigos; siendo éstos últimos el motivo de estudio de este trabajo.

Además, no puedo pasar por alto que la creación del artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, se dio en una reforma por adición a tal Ordenamiento Legal, por decreto del Poder Legislativo de fecha 20 de diciembre de 1990 y que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991¹⁵; es decir, en una época en que la tendencia mundial era la de influir en las Naciones para que adoptaran en sus legislaciones normas que garantizaran el efectivo acceso de toda persona a la asistencia legal como parte también de la protección a los derechos humanos y libertades fundamentales del individuo.

El autor Jesús Zamora Pierce, al tratar el tema sobre la *"Reforma de las garantías procesales penales"*, en el XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal¹⁶, se refirió al decreto de 3 de septiembre de 1993, por el que se reformaron los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución General de la República, en cuya disertación citó lo siguiente:

"(...)Por ello, la sección III, del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Viena, Austria, en octubre de 1989, adoptó la conclusión de que: "Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la investigación(...)."

¹⁴ Op. cit., 252 p.

¹⁵ Poder Ejecutivo Federal. Diario Oficial de la Federación. 8 de enero de 1991. 3 p.

¹⁶ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Temas de Derecho Procesal Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. UNAM, México, 1996. 277 p.

Este importante señalamiento me permite corroborar que en los Foros Internacionales, ya no sólo se pensaba en la asistencia legal como nota distintiva de la condición de ser acusado de un ilícito, sino que se consideró a ese derecho (asistencia jurídica) inherente a un concepto más amplio como lo es el de “toda persona”.

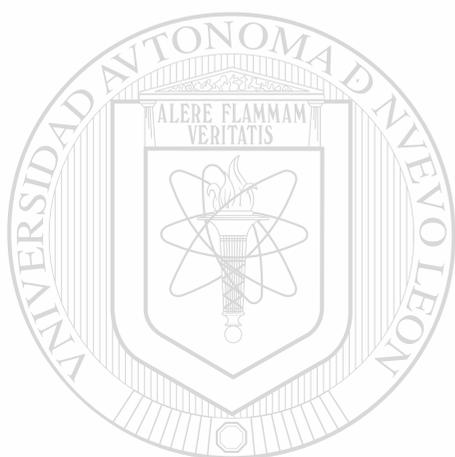
Así las cosas, en mi opinión, el origen del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, tuvo lugar en un tiempo en el que, el entorno mundial pugnaba por el respeto a los derechos humanos, pues debe tomarse en cuenta que precisamente la iniciativa presidencial firmada por el Presidente Carlos Salinas de Gortari, que motivó la creación de dicho dispositivo legal data precisamente del 22 de noviembre de 1990¹⁷; es decir, un año después del Congreso de Viena, Austria, que cita el Doctor Jesús Zamora Pierce.

Además, en la mencionada iniciativa de reforma a diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, que será motivo de estudio en el capítulo siguiente, Vid. Infra p. 23, se expone como fin de la misma vigorizar el respeto a los derechos humanos.

En razón de lo anterior, considero que se trata de un antecedente que influyó en la ratio legis del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁸, porque como puede verse, según lo señala el autor Zamora Pierce, en el Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Viena, Austria, en octubre de 1989, se adoptó como conclusión “*Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la investigación.*”

¹⁷ Congreso de la Unión. *Diario de los Debates*. Primer Periodo Ordinario, III año Legislativo, 22 de noviembre de 1990. Internet, Página del Congreso de la Unión, www.camaradediputados.gob.mx

Esto quiere decir, que se trata de una consideración extensa que no se ciñe exclusivamente sobre la persona del inculpado sino a todo individuo, lo que confirma -que en aquel tiempo (1990)- la tendencia de las legislaciones del mundo a proteger el derecho a la asistencia legal de toda persona y no sólo respecto al indiciado en el período de la averiguación del delito; lo que me permite establecer que es posible aplicar estos razonamientos para el testigo, como lo señalaré en capítulos subsecuentes.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

¹⁸ Op. cit., 252 p.

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS MEXICANOS RELACIONADOS CON EL ARTÍCULO 127 BIS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Antes de hacer referencia a cada uno de los antecedentes, conviene precisar que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se encuentra ubicado en el Título Segundo, capítulo II, denominado "*Reglas Especiales para la Práctica de Diligencias y Levantamiento de Actas de Averiguación Previa*";¹⁹ además, dicho numeral nos remite a los diversos 124 y 125 del mismo Ordenamiento Legal, que se encuentran inmersos en tal apartado.

Estos dos últimos artículos (124 y 125), en mi opinión, constituyen el origen de la indagatoria, pues el primero, se refiere al levantamiento del acta en la que; entre otras cosas, la autoridad investigadora recaba la declaración de la persona que dio noticia de los hechos delictuosos y la de los testigos cuyos dichos sean más importantes; mientras que el segundo, hace referencia a la facultad que tiene el Ministerio Público de citar para que declaren a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos.

Este preámbulo permitirá distinguir la relación que existe entre la norma actual que se analiza y los siguientes antecedentes históricos.

1.- El Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880.

En la época en que estuvo vigente el Código de Procedimientos Penales de 1880, la averiguación del delito estaba a cargo de un juez, quien al tener conocimiento de la comisión del hecho delictuoso debía extender un acta en la que

¹⁹ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales (véase artículo 127 bis), Berbera Editores, S.A. de C.V., México, 2002. 211-213 p.

hiciera descripción de todas circunstancias en que se había cometido. Así lo establecía el artículo 122 del citado Código Adjetivo Penal de aquel tiempo, que se encontraba ubicado en el Libro Primero, Título II, De la Instrucción, Capítulo IV, De la Comprobación del Cuerpo del Delito,²⁰ y que decía:

“Art. 122.- Todo juez que adquiriera conocimiento de que se ha cometido un delito, si el objeto material sobre el cual ha sido cometido existe, deberá hacer extender un acta en que se describan minuciosamente los caracteres (sic) y señales que presente la lesión, ó los vestigios que el delito haya dejado, el instrumento ó medio con que probable ó necesariamente haya debido cometerse, y la manera en que se haya hecho uso del instrumento ó medio para la ejecución del delito. El objeto sobre que éste haya recaído, se describirá de modo que queden determinadas su situación y cuantas circunstancias puedan contribuir a indagar el origen del delito, así como su gravedad y los accidentes que lo hayan acompañado. Esta acta se le llama *de descripción*.”

Esta disposición legal estaba relacionada directamente con los diversos numerales 127 y 128 de aquella Ley,²¹ cuyo texto era el siguiente:

“Art. 127.- En el acto de la inspección del lugar en que se cometió el delito, el juez debe examinar á todas las personas que puedan dar algún esclarecimiento sobre el delito y sobre sus autores y cómplices.”

“Art. 128.- Con este objeto podrá prohibir a los presentes que salgan de la casa ó que se alejen del lugar, hasta que esté cerrada la acta de descripción; y si alguna persona desobedeciere esta orden, incurrirá en la pena de uno a cincuenta pesos de multa ó arresto de ocho días á un mes, que el juez impondrá de plano, sin recurso de ninguna especie.”

Considero que los artículos 122, 127 y 128 del Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, son antecedentes directos de los actuales 124 y 125 del actual Código Federal de Procedimientos Penales, que también son motivo

²⁰ Manuel Dublan et. al. Legislación Mexicana ó Colección Completa de las Disposiciones Legislativas expedidas desde la Independencia de la República (véase Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880). t. XV. Edición Oficial, Imprenta y Litografía de Eduardo Dublan y Comp., México, 1886. 14-15 ps.

²¹ *Ibidem*

de estudio del presente trabajo por remitirnos a ellos el diverso 127 bis del mismo Código.

Como puede verse, de una concatenación lógica de los mencionadas disposiciones legales históricas, se advierte que ya se establecía el acta circunstanciada de los hechos; y en ese caso, el juez tenía la obligación de examinar a todas las personas que pudieran dar algún esclarecimiento sobre el delito y sobre sus autores y cómplices; lo que desde luego, se refiere a los testigos. Asimismo, en el citado artículo 128, encontramos lo que pudiera considerarse un precedente del arraigo de testigos, ya que se establecía la facultad del instructor de prohibir a los presentes salieran de la casa o que se alejaran del lugar, hasta que estuviera cerrada el acta de descripción.

En esta Ley del pasado, advierto como única referencia de asistencia al testigo en su declaración, la que contemplaban los artículos 212 y 213,²² cuyo contenido era el siguiente:

“Art. 212.- Nadie podrá asistir á la declaración de los testigos más que el juez y su secretario, salvo los casos siguientes:

I.- Cuando el testigo sea ciego;

II.- Cuando el testigo ignore el idioma castellano ó sea sordo, mudo, ó sordomudo.”

“Art. 213.- En el caso de la fracción I del artículo anterior, el juez nombrará para que acompañe al testigo, á otra persona que firmará la declaración después que aquel la hubiere ratificado.”

Nótese que del primero de los artículos aludidos, se infiere que nadie podía asistir a las declaraciones de los testigos solamente el juez y el secretario; es decir, que tales deposiciones se recababan en secreto; lo que me lleva a considerar que tal norma reflejaba la influencia del derecho procesal español de los años de 1820 y 1830, que vimos en el capítulo I, inciso 2, Vid. Supra p. 5, en el que se hizo

²² *Ibidem.* 21-24 ps.

referencia a que los testigos eran declarados únicamente en presencia del juzgador y de un escribano.

Ahora bien, como puede advertirse del artículo 212 en comentario, la excepción la constituía cuando el testigo era ciego; es decir, según lo disponía el numeral 213, en este caso, el juez nombraba a una persona para que lo acompañara (al testigo), quien firmaba la declaración después de que aquel la ratificaba. Sin embargo, no establece el trámite que se seguía para el supuesto de la fracción II, del primero de los preceptos legales indicados; o sea, cuando el testigo era sordo mudo o ignoraba el idioma castellano.

Cabe mencionar, que tal vez el artículo 213 del Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, no hacía referencia a las hipótesis de la fracción II, del artículo 212, del mismo Ordenamiento Legal, porque los diversos 84 y 86²³, que se ubicaban en el Libro Primero, Capítulo II, Disposiciones Generales, establecían la figura del intérprete para estos casos, en la siguiente forma:

“Art. 84.- Si la persona que debe ser examinada no entiende el idioma español, el juez nombrará un intérprete, que desempeñará su encargo previa protesta de llenarlo fielmente y, en caso necesario, de guardar secreto. Si se necesitare de varios intérpretes, todos harán igual protesta.”

“Art. 86.- Si la persona que debe ser examinada fuere sorda, muda ó sordo-muda, se le nombrará también un intérprete de entre las personas que fueren capaces de comprenderla; pero si el examinado supiere escribir, el secretario le presentará escritas las preguntas y observaciones que se hagan por el juez instructor, y el examinado responderá también por escrito; agregándose al acta las preguntas y las respuestas, firmadas por las personas que hubieren intervenido en la diligencia.”

Las disposiciones legales antes citadas, son los únicos datos que reporta el Código Adjetivo Penal del año de 1880, sobre asistencia al testigo en su declaración.

²³ Ibidem. 11 p.

2.- En los antecedentes históricos del Artículo 20 de la Constitución Mexicana de 1917.

En nuestros precedentes legislativos contenidos en el compendio *Los Derechos del Pueblo Mexicano*²⁴, relativos al estudio del artículo 20 de la Constitución de 1917, encontré la siguiente nota explicativa:

“El artículo 20 de la Constitución de 1917 es, quizá, el más rico contenido entre los preceptos que, ubicados dentro del Capítulo I de su Título Primero, otorgan derechos públicos cuyo objeto es proteger a las personas sujetas a un proceso criminal.

En efecto, señala este precepto los derechos que puede ejercer todo acusado para probar su inocencia ante los órganos competentes, así como para defender con eficiencia (sic) su vida, su libertad y patrimonio, ante el peligro que entraña la imposición de una pena correspondiente a la comisión . El texto y el espíritu de la disposición constitucional descansa en el principio de que toda persona es inocente en tanto no se pruebe lo contrario con estricto apego a la leyes aplicables. Este conjunto de derechos y garantías persigue humanizar la impartición de la justicia penal, tradicionalmente rigurosa y en muchas épocas excesiva, al punto de haberse convertido en injusticia, y en antagónico de los procesos inquisitoriales, fundamentalmente caracterizados por la preconcepción de los hechos y por los prejuicios, así como por el ocultamiento de la denuncia y del denunciante, la compulsión espiritual y **tormento físico para obtener la declaración o la confesión del inculpado o de los testigos**, el secreto del proceso, la denegación de pruebas y defensas favorables al acusado y demás procedimientos inútiles e inhumanos.”

Un dato de suma relevancia es el que se refiere a que el artículo 20 Constitucional, es antagónico de los procesos inquisitoriales en donde *se obtenían las declaraciones de los testigos y de los acusados mediante el tormento físico*, pues esto nos da una idea de por qué es importante el estudio de la asistencia legal al testigo en la averiguación criminal previa, máxime de que existe noticia de que anteriormente eran coaccionados para recabar su narración de los hechos, cuyo estudio y análisis se verá en forma posterior.

²⁴ Congreso de la Unión. *Los Derechos del Pueblo Mexicano*. t. IV, 202 p.

3.- En la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza presentado a la Asamblea Constituyente de 1917, respecto al artículo 21²⁵.

Las reformas a las leyes siempre han tenido como finalidad intrínseca “mejorar la anterior”; y así tenemos datos, por ejemplo, de que en el año de 1880, la averiguación del delito estaba encomendada a los jueces quienes se encargaban de recabar todas las pruebas necesarias para su comprobación y la responsabilidad del sujeto Vid. Supra p.15; y en razón de esa función obtenían confesiones y declaraciones de testigos a base de tormento, etc. Con la nueva Constitución de 1917, el espíritu del Constituyente fue precisamente eliminar esa situación y darle al Ministerio Público el encargo de que fuera esta Institución la que llevara a cabo la labor de investigar y comprobar el ilícito, de acuerdo con el contenido del artículo 21 de la entonces reciente Carta Magna, que sigue vigente hasta nuestros días. Sin embargo, también hemos presenciado innumerables irregularidades por parte del Ministerio Público similares a las que hacían los jueces de la época colonial.

En mi opinión y sustentado en estas bases históricas fue como surgió la faceta humanista en los procedimientos del orden penal; y entre ellos, considero que se encuentra la asistencia legal a toda aquella persona que intervenga en el procedimiento de averiguación previa, como se verá más adelante.

4.- El Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal del 4 de octubre de 1929.

El autor Rafael Pérez Palma, en su obra *Guía de Derecho Procesal Penal*²⁶, recoge otro importante antecedente histórico legislativo contenido en el artículo 210

²⁵ Rafael Pérez Palma. *Guía de Derecho Procesal Penal*. 4ª Ed. Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1997. 316-317 ps.

del Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal del 4 de octubre de 1929, en el que ya se hace referencia a la facultad que tenía el Ministerio Público y la Policía Judicial para recabar el acta circunstanciada en el lugar de los hechos, y lo consigna de la siguiente manera:

“(…) Resultado de la larga discusión que tuvo lugar, fue el Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal del 4 de Octubre de 1929 en cuyo Título Segundo, artículos 210 y siguientes se previene, “que tan pronto como los miembros de la Policía Judicial que se encuentren en turno, tengan conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, levantarán un acta en la que se consignaránel parte de policía y en su caso la denuncia que ante ella se haga....las pruebas que suministren las personas que hagan la denuncia o las que se recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieren a la existencia del delito o la responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores...” “Al iniciar sus procedimientos el Ministerio Público o la Policía Judicial se trasladará inmediatamente al lugar de los hechos para darle fe las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso y tomarán los datos de los que lo hayan presenciado”

Como se ve, en esta última parte de citado artículo 210, se establecía la posibilidad de recabar datos de las personas que hubieren presenciado el hecho delictuoso; lo que en nuestra opinión, constituye un precedente de los actuales artículos 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, a los que nos remite el diverso 127 bis, que es el motivo de estudio de ésta investigación.

5.- El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.

Dentro de este capítulo también resulta importante hacer referencia a los artículos 123, 124 y 125 del primer Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación del día jueves 30 de agosto de 1934²⁷, los cuales se encuentran ubicados en el apartado **“Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de policía judicial”**, mismos que me permito transcribir a continuación:

²⁶ *Ibidem*. 320 p.

“ARTÍCULO.- 123.- Tan luego como los funcionarios encargados de practicar diligencias de policía judicial tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las providencias necesarias: para proporcionar seguridad y auxilios a las víctimas; para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas, objeto o efecto del mismo; **para saber qué personas fueron testigos del hechos** y, en general, impedir que se dificulte la averiguación; y, en los casos de flagrante delito, para asegurar a los responsables.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada”.

“ARTÍCULO 124.- En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; **el nombre y carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes, y la del inculpado, si se encontrare presente**; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellos intervengan; y las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar”.

“ARTÍCULO 125.- **Los funcionarios de policía judicial podrán citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezca tengan datos sobre los mismos.** En el acta se hará constar quien mencionó a la persona que haya de citarse o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación”.

Uno de los datos que conviene destacar por la relación que guarda con el tema a tratar, es el que señala el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, del que se desprende que la Policía Judicial ejercía su influencia sobre la investigación, la cual incluso tenía la facultad de citar a cualquier persona que hubiese tenido participación en los hechos que se investigaban o que tuviera algún dato sobre los mismos, esto último obviamente incluía a los testigos, si

²⁷ Poder Ejecutivo Federal. *Diario Oficial de la Federación del 30 de agosto de 1934*. 1097 p.

concatenamos los diversos 123 y 124 del mismo Ordenamiento Legal. Actualmente esa facultad es exclusiva del Ministerio Público²⁸.

6.- En el Decreto del 20 diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991.

El 20 de diciembre de 1990, el H. Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, emitió un decreto en el que se reformaron diversos artículos del Código Federal de Procedimientos Penales²⁹ y se le adicionaron otros, entre cuales aparece el artículo 127 bis, que es el motivo de estudio de esta trabajo, y que está redactado de la siguiente manera:

"Art. 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido."

En la publicación del referido decreto hecha en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991³⁰, firmada por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Carlos Salinas de Gortari, no se advierte exposición de motivos alguna relacionada con la reforma aludida.

Sin embargo, es importante señalar, que en la iniciativa presidencial que dio inicio al proceso legislativo que culminó en la adición del artículo 127 bis al Código Federal de Procedimientos Penales, presentada al Congreso el 11 de noviembre de 1990³¹, firmada también por el Presidente Salinas de Gortari, encontré una breve

²⁸ Cfr. *Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales* (véase artículo 125). Berbera Editores, S.A. de C.V., México, 2002. 212 p.

²⁹ Poder Ejecutivo Federal. *Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991*. 2-3 ps.

³⁰ *Ibidem*

³¹ Congreso de la Unión. *Diario de los Debates*. (Véase Iniciativa Presidencial presentada el 22 de noviembre de 1990). Página del Congreso en Internet www.camaradediputados.gob.mx

referencia sobre lo que puede considerarse como los motivos que influyeron en la decisión del Ejecutivo Federal para presentar la iniciativa de reforma al Poder Legislativo de la Nación, y está redactada de la siguiente manera:

“(…) CONTENIDO: Tiene como argumento fundamental la necesidad de establecer mecanismos idóneos para vigorizar el respeto a los derechos humanos dentro del Estado Social de Derecho, trata de poner al día toda la eficacia del Estado y el potencial de la Sociedad Civil en beneficio de la condición social, comunitaria y colectiva, con el fin de establecer con mayor claridad los límites de actuación de los órganos del Estado durante diferentes momentos procedimentales y del juicio penal y buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales.

Considero que sobre dichas bases fue discutida en el Congreso de la Unión, la citada iniciativa, y para una mejor comprensión de su texto, me parece oportuno seccionarlo de la siguiente manera:

a) La iniciativa tiene como argumento fundamental la necesidad de establecer mecanismos idóneos para vigorizar el respeto a los derechos humanos dentro del Estado Social de Derecho.

b) La iniciativa trata de poner al día toda la eficacia del Estado y el potencial de la Sociedad Civil en beneficio de la condición social, comunitaria y colectiva.

c) La iniciativa es con el fin de establecer con mayor claridad los límites de actuación de los órganos del Estado durante diferentes momentos procedimentales y del juicio penal

d) Busca expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales.

De acuerdo con la iniciativa presidencial en comentario, el argumento fundamental de la reforma era establecer mecanismos idóneos para vigorizar el respeto a los derechos humanos dentro del Estado de Social de Derecho; lo que me permite considerar que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, fue creado en una época en la que nuestro País comenzó a interesarse por el tema, pues incluso fue creada la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, con motivo de la reforma al artículo 102 de la Constitución General de la República, contenida en el decreto de fecha 22 de enero de 1992, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de enero del mismo año.³²

Bajo esa perspectiva, es trascendente tomar en cuenta al hacer análisis de la norma en estudio, el entorno social que se vivía en el tiempo en que fue aprobada y que necesariamente recibió una importante influencia de la tendencia por el respeto a los derechos humanos.

Otro importante aspecto que cita la iniciativa presidencial, es el que se refiere a que fue con el fin de establecer con mayor claridad los límites de actuación de los órganos del Estado durante diferentes momentos procedimentales y del juicio penal.

En mi concepto, la expresión antes citada se refiere a la autoridad investigadora en la averiguación previa; lo que significa que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, está relacionado con el límite de actuación del Ministerio Público en la fase indagatoria.

Ahora bien, también menciona que se planteó para buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales; lo que necesariamente me conduce a considerar que el precepto legal en estudio (artículo 127 bis del CFPP) está ligado con la intención de señalar el

³² Poder Ejecutivo Federal. *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992. 6 p.

alcance de los derechos fundamentales establecidos en nuestra Carta Magna, y que en el curso de nuestra investigación veremos si esto es acertado o no.

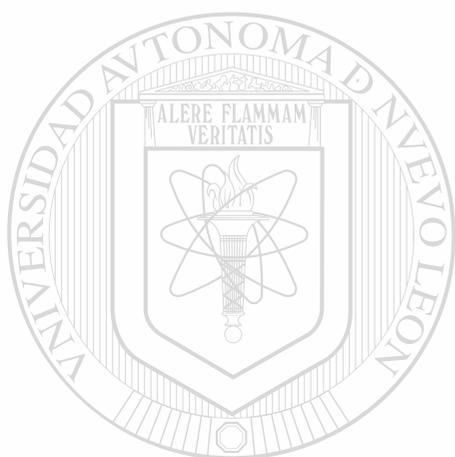
Es importante mencionar, que originalmente la iniciativa presidencial tenía otra redacción a la que actualmente constituye el texto del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, pues dicho documento del Ejecutivo Federal establecía, que quien declara tiene derecho a ser asistido por un “defensor” nombrado por él; vocablo que fue sustituido por el de “abogado”, dándole un sentido más amplio a la norma, ya que el Congreso consideró que tal disposición no sólo se refería al indiciado sino a cualquier persona que tuviera que rendir declaración en la averiguación previa, según se desprende de los estudios –referentes al tema de que se trata- que realizó el maestro Sergio García Ramírez, en su obra “Proceso Penal y Derechos Humanos”³³, en la que señala lo siguiente:

“...El propio Dictamen de los Diputados propone una modificación al texto del artículo 127 bis del CFPP, presentado en la Iniciativa. Ésta dice que quien declara tiene derecho a ser asistido por un defensor nombrado por él. **Por su parte, el dictamen sustituye la palabra “defensor” por “abogado”. Razona la pertinencia de ésta “en el sentido lato e informal del término”, en virtud de que las disposiciones correspondientes “se refieren no sólo al inculpado, sino a cualquier persona que pudiera ser citada por tener alguna relación o conocimiento sobre los hechos materia de la indagatoria.”**

Esto refleja el sentir del legislador con clara tendencia a la protección de los derechos fundamentales de toda persona en la fase de indagaciones y no solamente la del indiciado; por lo que resulta importante concluir, que finalmente la modificación propuesta por el Congreso quedó plasmada en la actual redacción del artículo 127 bis del CFPP, pues utiliza el término “abogado”, lo que quiere decir, que el razonamiento sobre la pertinencia de este vocablo prevaleció; y en esas condiciones, podemos afirmar que tal norma fue creada con la intención no sólo de establecer la

³³ Sergio García Ramírez. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. 2ª Ed. Editorial Porrúa, México, 1993. 87 p.

asistencia legal a favor del inculpado sino que por su sentido Lato sensu abarca también a otros sujetos como lo son los testigos.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONCEPTOS “TESTIGO” Y “ASISTENCIA LEGAL”.

Considero que es preciso establecer que de acuerdo con el planteamiento del problema y la hipótesis formulada, el objeto principal de estudio es la persona del testigo y su situación procesal frente a la autoridad investigadora, de donde se deriva mi postura de que éste tiene derecho a la asistencia de un abogado durante su declaración en la fase de averiguación previa, en atención a lo que establece el artículo 127 de bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Bajo esa tesitura, en mi opinión, existen dos figuras jurídicas que resulta necesario conocer y desarrollar en el presente capítulo, como lo son los conceptos de “testigo” y “asistencia legal”.

1.- Significado gramatical de los conceptos de “testigo” y “asistencia legal”

1.1.- Del testigo

De acuerdo con el *Diccionario de Derecho*, de Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara³⁴, testigo es: “Persona que comunica al juez el conocimiento que tiene acerca de algún hecho o acto cuyo esclarecimiento interesa para la decisión de un proceso.”

Otra definición de testigo la encontramos en el *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*³⁵, del autor Marco Antonio Díaz de León, que dice: “Tercero extraño al juicio que comparece al proceso,

³⁴ Rafael De Pina et. al. *Diccionario de Derecho*. 30ª Ed. Porrúa, México, 2001. 474 p.

³⁵ Marco Antonio Díaz De León. *Diccionario de Derecho Procesal y de términos usuales en el Proceso Penal*. Tomo II, 3ª Ed. Porrúa, México, 1997. 2548-2553 ps.

para dar a conocer al juez sus experiencias sensoriales extrajudiciales relacionadas con los hechos del debate.”

El *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, de Joaquín Escriche³⁶, lo define como: “La persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos.”

Me parece importante también mencionar los conceptos de Carlos Franco Sodi³⁷ que determina al testigo desde el punto de vista etimológico de la siguiente manera: “De acuerdo con su significación etimológica y según Mittermaier, “la palabra latina testis, comparada en su sentido y origen con las voces antesto, antista, designa al individuo que se encuentra directamente a la vista de un objeto y conserva su imagen”, de donde puede concluirse que el testigo, con relación al delito, es la persona que en alguna forma tuvo conocimiento del mismo...”

Por su parte, Carlos Barragán Salvatierra³⁸ dice: “En términos etimológicos testigo viene de testando, declarar, referir o explicar, o bien de detestibus, dar fe a favor de otro. Testigo es toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hecho que se investiga.”

En nuestro sistema jurídico mexicano, el testigo no sólo comunica al juez lo que sabe acerca del hecho delictuoso, sino que también es preciso establecer que con esa calidad comparece ante el Ministerio Público en la fase de averiguación previa, y como ejemplo de ello, tenemos el artículo 125 del Código Federal de

³⁶ Joaquín Escriche. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo I. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979. 1499 p.

³⁷ Carlos Franco Sodi. *El Procedimiento Penal Mexicano*. 3ª Ed. Porrúa, México, 1946. 258 p.

³⁸ Carlos Barragán Salvatierra. *Derecho Procesal Penal*. Mc Graw-Hill, México, 1999. 391, 393 y 395 ps.

Procedimientos Penales³⁹, que dice: “El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente la citación.”

En razón de lo anterior, no coincido con las definiciones dadas por Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara ni con la de Marco Antonio Díaz De León, porque en mi criterio están incompletas, al ceñir la comparecencia del testigo únicamente ante el juez; siendo que éste también puede ser llamado por el Agente del Ministerio Público en el procedimiento previo de indagaciones, por lo que me parece que sus conceptos debieron ser más amplios.

Ahora bien, Joaquín Escriche, concibe al testigo a partir del aspecto subjetivo del sujeto, al establecer que es la persona que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos; es decir, la veracidad o mentira de los sucesos delictivos dependen exclusivamente del declarante (testigo). Este razonamiento del autor es susceptible de ser relacionado con el artículo 253 del Código Federal de Procedimientos Penales⁴⁰, que dice:

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

“Siempre que se examine a una persona cuya declaración sea sospechosa de falta de veracidad, se hará constar en el acta.

En el momento de la diligencia, el Ministerio Público, el inculpado o su defensor podrán manifestar los motivos que tuvieren para suponer falta de veracidad en el declarante, e inclusive ofrecer pruebas al respecto, que se agregarán al expediente.”

Además agrega que debe tener un atributo, ser fidedigno, cuyo término significa digno de fe. Sin embargo, esto último en mi opinión es motivo de la

³⁹ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. Berbera Editores, S.A. de C.V., México, 2002. 212 p.

⁴⁰ Ibídem 254 p.

valoración del testimonio, porque la condición que prevalece para los fines del derecho penal; que busca la verdad real de los acontecimientos, es que toda persona que sea testigo está obligada a declarar respecto a los mismos⁴¹; es decir, no está sujeta a condición alguna y es deber de la autoridad recabar su declaración.

En otras palabras, basta que haya presenciado el hecho para adquirir ese carácter (testigo) y ya será en la valoración de la prueba cuando se analice si su dicho es digno de producir convicción o no, en el ánimo de la autoridad para tener por acreditado el delito o para justificar su inexistencia, conforme a la reglas establecidas en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales⁴², que establece:

“ART. 289.- Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

- I Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;
- II Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;
- III Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;
- IV Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y
- V Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.”

De la definición de Carlos Franco Sodí, derivada de su análisis al significado etimológico, se puede deducir que testigo es el individuo que vio el hecho u objeto y conserva su imagen para reproducirla ante la autoridad investigadora o judicial, según sea el caso.

En mi concepto, una descripción clara y completa de testigo, es la que da el autor Carlos Barragán Salvatierra, porque ubica con precisión que ese carácter sólo

⁴¹ Cfr. *Ibidem* (véase artículo 242). 252 p.

lo puede tener el ser humano (persona física) dado que es el único que podría percibir a través de sus sentidos la conducta o hecho que se investiga. Además establece que la manifestación de lo que le consta es ante los órganos de la justicia; es decir, no lo constriñe al juez sino que lo expresa en un sentido amplio, que permite considerar también la comparecencia ante el Ministerio Público en la averiguación previa.

1.2.- De “asistencia legal”.

Como se ve, la expresión “asistencia legal” está compuesta de dos palabras que tienen un significado propio; por lo que resulta conveniente hacer un estudio de ellas en forma separada para alcanzar una mejor comprensión de su esencia.

La palabra “asistencia”, significa acción de asistir o presencia actual⁴³; por lo que se hace necesario también encontrar el significado de “asistir”, que quiere decir, acompañar a uno en un acto público.

En el *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*⁴⁴, de Joaquín Escriche, asistencia significa, “La acción de asistir ó la presencia actual... El favor ó ayuda que se da a alguna persona”

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

De las definiciones anteriores, podemos concluir que el concepto de asistencia tiene un significado gramatical consistente en la acción de acompañar a una persona en un acto público.

Por su parte, el vocablo “legal”, se refiere a “Prescrito por la ley. Ajustada a la ley.”, según se expone en el *Diccionario de Derecho* de Rafael de Pina y Rafael De Pina Vara.⁴⁵

⁴² *Ibidem*. 260 p.

⁴³ Ramón García-Penayo y Gros. *Pequeño Larousse Ilustrado*. Ed. Larousse, México, 1993. 102 p.

2.- Conceptos doctrinales de “testigo” y “asistencia legal”

2.1.- Del testigo.

Para Fernando Arrilla Bas, “testigo es la persona física que pone en conocimiento del juez un hecho ajeno del cual tiene noticia por medio de los sentidos. La expresión, verbal o escrita, del hecho recibe el nombre de testimonio.”⁴⁶

En mi opinión, el testigo no sólo pone en conocimiento del juez el suceso presuntamente delictivo sino que también puede hacerlo ante las autoridades investigadoras en la fase de averiguación previa; por lo que en este punto difiero en el argumento del citado autor, ya que éste sólo lo constriñe al órgano jurisdiccional.

El autor Eugenio Florian⁴⁷ hace un interesante señalamiento de los elementos que componen la definición de testigo desde su punto de vista, y lo hace de la siguiente manera: “Nos parece que estos elementos, para mayor claridad referidos al testigo, son los siguientes: 1º) el testigo es una persona física, 2º) a quien se le ha citado al proceso penal, 3º) a decir lo que sepa acerca del objeto de aquel, 4º) con el fin de establecer una prueba.”

Sin embargo, me parece importante hacer notar que en lo referente a su punto 2º, el testigo también puede comparecer voluntariamente ante la autoridad a rendir su testimonio.

⁴⁴ Op. cit. Tomo I. 294 p.

⁴⁵ Op. cit. 353 p.

⁴⁶ Fernando Arrilla Bas. *El Procedimiento Penal en Mexico* 2ª ed. Edit. Mexicanos Unidos, S.A., México, 1969. 107-109 ps.

⁴⁷ Eugenio Florian. *De las Pruebas Penales*. Trad. Jorge Guerrero (del italiano al español). Tomo II. 3ª ed. Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1990. 83 p.

Otra definición respecto al concepto en estudio la da Carlos Oronoz Santana, que dice: "El testigo podemos decir, que es la persona física que puede aportar datos sobre hechos presumiblemente delictivos; es decir, puede serlo toda persona que tiene conocimiento de los hechos que originaron el proceso, y cuya testificación resulta importante, por lo que lo manifestado por el testigo se reputa como testimonio."⁴⁸

De la anterior definición se le colige, que una persona tendrá el carácter de testigo siempre que tenga conocimiento de los hechos motivo de la investigación, pues por el contrario, si la autoridad advierte que el declarante carece de esa noción, no podrá atribuirle tal calidad (testigo). Es decir, el vocablo testigo está íntimamente relacionado con la idea de que el individuo presencié el hecho delictuoso o sabe algo acerca de él, de los objetos materiales del delito; etc.

César Augusto Osorio y Nieto dice: "Testigo es toda persona física que manifiesta ante el órgano de la investigación, lo que le consta en relación a la conducta o hechos que se investigan."⁴⁹

Me llama la atención de que el autor Osorio y Nieto, utiliza en su definición los términos de "conducta" o "hechos"; pero no explica si los menciona como sinónimos[®] o pretende diferenciarlo uno del otro.

En mi opinión, la "conducta" del desde el punto de vista del derecho penal, se refiere a la acción u omisión que se le puede atribuir a uno o varios sujetos; es decir, por citar un ejemplo, el testigo describe como fue que vio cuando el activo accionó el arma y produjo la muerte de la víctima del homicidio. Por su parte, el término de "hechos" nos da la idea de que alude a un concepto más amplio y en el que se puede

⁴⁸ Carlos M. Oronoz Santana. *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983. 159 p.

⁴⁹ César Augusto Osorio y Nieto. *La Avengación Previa*. 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998. 15 p.

incluir la misma conducta delictiva (acción u omisión) y otros factores como el lugar, el tiempo, los objetos, el entorno; etc.

Manuel Rivera Silva expone: "El testigo de un delito, es la persona física que en cualquier forma tiene conocimiento de algo relacionado con el delito. El testigo en el proceso, es el que comparece a éste para hacer del conocimiento del órgano jurisdiccional datos vinculados con lo que se investiga."⁵⁰

A diferencia de las definiciones anteriores, en el pensamiento del autor Rivera Silva encontramos que, basta que se *tenga conocimiento de algo relacionado con el delito*, para adquirir la calidad de testigo; es decir, utiliza un término todavía más extenso sustentado principalmente en la circunstancia de que la persona tenga cualquier dato acerca del hecho delictuoso. También es importante señalar que se refiere únicamente al testigo en el proceso; sin embargo, considero que sus conceptos también son aplicables para la averiguación previa.

2.2.- De asistencia legal

La asistencia legal desde el aspecto en que lo pretendo tratar en este trabajo, está relacionado con la función del abogado de asistir al testigo en su declaración ante el Ministerio Público, de acuerdo con lo establecido en el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales⁵¹; y desde luego, con la facultad que este numeral le otorga para impugnar las preguntas que considere inconducentes o contra derecho; de ahí que, una de mis afirmaciones a comprobar es, que ese supuesto normativo está ligado con el concepto general de defensa, dada la intervención activa del abogado para objetar las interrogantes de la autoridad investigadora que a su juicio tengan tal carácter (inconducentes o contra derecho), para protegerlo precisamente de dar una respuesta a un cuestionamiento que no es jurídico.

⁵⁰ Manuel Rivera Silva. *El Procedimiento Penal*. 17ª ed. Ed. Porrúa, México, 1988. 249-253 p.

⁵¹ Op. Cit. 212-213 p.

De las diversas obras que consulté para la investigación del tema, fue difícil encontrar una definición al concepto de “asistencia legal” desde el punto de vista de la doctrina; sin embargo, considero que el autor alemán Jürgen Baumann en su libro *Derecho Procesal Penal*,⁵² trata el derecho de asistencia y lo hace de la siguiente manera:

“Los derechos de asistencia sólo tienen, de por sí, una función auxiliar: deben hacer efectivo el derecho a ser oído (art. 103, párr. 1, de la Ley Fundamental y 33 de la Ordenanza Procesal Penal) (ver el capítulo 2, N° 10). Sólo quien está totalmente informado, puede ejercer correctamente este derecho. (El derecho a ser oído constituye un sector jurídico del derecho general de defensa).”

Me parece interesante el razonamiento del mencionado autor, al precisar que los derechos de asistencia sólo cumplen una función auxiliar con la finalidad de hacer efectivo —en el caso citado— el derecho a ser oído. Luego agrega, que sólo quien está totalmente informado puede ejercer correctamente tal prerrogativa.

Para los fines del asunto que se estudia, resulta relevante puntualizar que de acuerdo con Baumann, el derecho de asistencia está relacionado con la acción de auxiliar a que se haga efectivo el derecho a ser oído de la persona a quien se asiste, y que además para ejercerlo adecuadamente debe estar totalmente informado del mismo; pensamiento que me permite establecerlo como una forma de definir y describir la naturaleza jurídica de “asistencia legal”, desde el punto de vista de la doctrina y que será motivo de análisis en capítulos subsecuentes.

⁵² Jürgen Baumann. *Derecho Procesal Penal*. Trad. Conrado A. Finzi (del alemán al español). Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1989. 212 p.

3.- Conceptos legislativos de “testigo” y “asistencia legal”

3.1.- Del testigo

El artículo 116 del Código Federal de Procedimientos Penales⁵³, establece:

“Art. 116.- Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y, en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de policía.”

En los incisos anteriores cuando se analizaron los conceptos doctrinarios del tema, se dijo que el elemento esencial para adquirir la calidad de testigo es, que la persona tenga conocimiento de los hechos delictuosos, ya sea en forma directa o indirecta; es decir, que presencié los acontecimientos o que sin haberlos presenciado tiene algún dato relacionado con éstos, cuya información la trasmite al órgano de investigación o al juez.

Bajo la premisa anterior, en el texto del artículo 116 en comentario, se puede observar que contiene elementos que son propios del concepto de testigo, al referirse a que la persona tenga conocimiento de la comisión de un delito.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Sin embargo, conviene decir, que el referido numeral alude a la obligación de denunciar el ilícito, cuyo acto en mi opinión, constituye un testimonio; es decir, informar a la autoridad sobre lo acontecido, y que bien puede ser la persona que resintió los efectos del injusto o cualquiera otra que lo haya presenciado; de ahí que, el denunciante se convierte en órgano de prueba a través de su relato; por lo que desde mi punto de vista, quien denuncia reúne las mismas condiciones de un testigo.

⁵³ Op. Cit. 209 p.

Por su parte el diverso artículo 125 del Código de Federal Adjetivo⁵⁴, establece:

“ART.- 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente la citación.”

Un primer supuesto de este artículo, es que habla de las personas que por cualquier concepto participen en los hechos; lo que obviamente es indicativo de que se refiere a la figura de la participación delictiva en donde encuadrarían aquellos individuos que son considerados presuntos indiciados; luego entonces, la segunda de las hipótesis relativa “o aparezcan tengan datos sobre los mismos”, por exclusión, es alusiva al concepto de testigo.

En tales condiciones, lo anterior me permite afirmar, que los normas procesales citadas anteriormente dan un concepto de testigo en base al criterio legislativo y que de acuerdo con ello, testigo es la persona que de cualquier modo tenga conocimiento de la comisión del delito o aparezca tenga datos sobre los mismos.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

3.2. De “asistencia legal”

Una especificación de asistencia legal relacionada con el testigo, la encontramos en el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, concatenado este último con lo expuesto en los diversos 123, 124 y 125 del mismo Ordenamiento Legal⁵⁵; y para una mejor ilustración me permito hacer la descripción de la relación que existe entre dichas disposiciones legales:

⁵⁴ Op. Cit. 212 p.

⁵⁵ Op. Cit. 211-213 ps.

ART. 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los caso (sic) de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.

Como puede observarse, el primer párrafo del dispositivo legal citado, establece la frase "**Toda persona** que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125..."; es decir, no hace una distinción sino que lo establece en forma general, al establecer "**Toda persona**"

Ahora bien, ello nos remite al contenido del artículo 124, quien a su vez hace reenvío al 123 y 125 del mismo Código Adjetivo, en los que se prevé que las personas a que se refiere el numeral 127 bis, son las siguientes:

"Art. 123.- (...) dictarán todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las **víctimas**; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber **qué personas fueron testigos (...)**"

Art. 124.- "(...) **el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración**, así como la de **los testigos** cuyos dichos sean más importantes y la del **inculpad**o, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso, la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres de y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan

ART. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para declaren sobre los hechos que se averigüen, **a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos**. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

De la transcripción parcial de los preceptos legales citados, se resalta a las personas a que se refieren los mismos, entre las cuales, se encuentran los testigos y aquellas que por cualquier concepto aparezcan tengan datos sobre los hechos que se averigüen. Luego entonces, es claro que el concepto **“Toda persona”** que establece el artículo 127 bis, no sólo abarca al inculpado y a la víctima del delito sino que también protege a los testigos.

La siguiente frase del dispositivo legal en análisis, es la que se refiere a que **“(...) tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él (...)”**

Nótese que utiliza la expresión **“asistido por un abogado”**; de donde me nace la idea de profundizar en el estudio de dicha figura jurídica; es decir, respecto a la asistencia legal al testigo basada primordialmente en el derecho que tiene de nombrar a un abogado que lo asista en su declaración.

Ahora bien, de acuerdo con el significado gramatical del vocablo **“asistencia”**, que se señaló en el inciso 1, subinciso 1.2., de este capítulo, es la acción de asistir o de acompañar a alguien a un acto público; o sea, siendo congruentes con esta definición tendríamos que considerar que la frase **“asistido por un abogado”**, se refiere únicamente al hecho de acompañar al testigo en su deposición; y visto de esa manera, el profesional de derecho tendría una conducta pasiva; es decir, en calidad de simple observador.

Me parece que el concepto de asistencia a que se refiere el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, no limita al abogado a permanecer inactivo, ya que el segundo párrafo, del mencionado numeral le concede facultades de impugnar las preguntas que considere **“inconducentes”** o **“contraderecho”**; lo que me lleva a estimar que se trata de una asistencia sui generis, más bien relacionada con el derecho general de defensa, dado que es indiscutible

que esas acciones (facultad objetar) están íntimamente ligadas con la intención de proteger al declarante, cuyo análisis se verá en capítulo subsecuente Vid. Infra p .

4.- Conceptos de “testigo” y “asistencia legal” en los precedentes del Poder Judicial de la Federación.

4.1. Del “testigo”

En los precedentes del Poder Judicial de la Federación encontré una tesis que en mi opinión describe al testigo y su naturaleza jurídica, y es la siguiente:

“TESTIGOS EN EL PROCESO PENAL. Los testimonios, para que produzcan efectos jurídicos requieren, entre otras exigencias y primordialmente, que sean verosímiles, que contenga un principio de veracidad, **y ésto se deduce ante todo de la narración proporcionada por el testigo, en cuanto que da “la razón de su dicho”, en cuanto que expone la forma en que adquirió el conocimiento que reproduce ante la jurisdicción; pues no basta que el testigo diga que sabe, que conoce los hechos sobre los que declara, sino que es necesario que afirme por qué medios sensoriales y en qué condiciones objetivas de tiempo, lugar y modo adquirió ese conocimiento, ya que de otro modo el testigo no es tal**, sino una persona que afirma hechos; y lo que interesa al juez para la aceptación del testimonio, no es sólo el hecho que se asegura, sino al mismo tiempo y con carácter de presupuesto, el percatarse de la veracidad del dicho, por las razones que dé el testigo. De lo contrario, testigo sería el que afirmase, aunque no suministrase motivo alguno que quedase garante de sus asertos; **pues es sabido que el testigo “conoce los hechos” por ciencia propia -por haberlos oído o visto-; por creencia propia, conjeturándolos; por haberlos conocido de quien los adquirió por propia ciencia, y por simple imaginación;** y el juez, para poder formar el juicio sobre el contenido de la declaración, no puede olvidar este presupuesto del testimonio eficaz. Faltando tal exigencia, si el testigo no dió explicación racional del conocimiento de esos hechos, no pueden reputarse válidas sus afirmaciones, tanto más si servirían para justificar un acto privativo de libertad, que tan celosamente garantiza la Constitución. Amparo penal en revisión

5596/48. Mendoza Rodolfo. 5 de julio de 1950. Unanimidad de cuatro votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala. Parte: CV Tesis:
Página: 128.⁵⁶

Aunque sin bien es cierto el precedente citado se refiere a los testigos en el proceso y no en la averiguación previa, creo que no existe obstáculo para señalarlo en este apartado porque en realidad lo que se busca en este momento de la investigación, es el concepto de testigo desde la perspectiva de los criterios judiciales; por lo tanto, conviene realizar su estudio.

Así las cosas, del texto de la tesis mencionada se desprenden los siguientes elementos que definen al testigo:

a).- Expone la forma en que adquirió el conocimiento que reproduce ante la jurisdicción como “razón de su dicho”

b).- No basta que diga lo que sabe, que conoce los hechos sobre los que declara, sino que es necesario que señale los medios sensoriales y las condiciones objetivas de lugar, tiempo y modo, en que adquirió ese conocimiento.

c).- Si no reúne las condiciones anteriores el testigo no es tal.

A diferencia de lo que se expone en la doctrina sobre el concepto de testigo, en la que como factor común para determinarlo expone, que es la persona que pone en conocimiento de la autoridad lo que sabe acerca del hecho delictivo, en mi opinión, el texto de la tesis en comentario lo clarifica de una manera más amplia, pues le adiciona que el testigo debe referir los medios sensoriales a través de los cuales obtuvo esa noción del ilícito; verbigracia, si los vió, los escuchó; etc.

⁵⁶ Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época, Primera Sala, p. 128. Disco Compacto IUS 2001 número 2, Ed. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, número de registro 299,502.

Además de lo anterior, el testigo debe revelar en qué condiciones objetivas de lugar, tiempo y modo, se enteró de los acontecimientos; es decir, debe describir el sitio en el que se encontraba al momento de la comisión del delito, la hora y día en que se enteró de la consumación y la forma en que adquirió tal conocimiento.

En el mismo precedente en estudio, se indica que si no se reúnen las circunstancias antes señaladas, el testigo no es tal; lo que me permite establecer que dicha tesis contiene las características que definen tal concepto (testigo), desde el punto de vista del criterio judicial.

4.2.- De la “asistencia legal”

De acuerdo con el problema planteado y la hipótesis formulada para la elaboración de este trabajo, el concepto de asistencia legal está ligado con el derecho que tiene el testigo de ser asistido por un abogado; deducción que se obtiene de la concatenación lógica y jurídica que se desprende del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en relación con los diversos 123, 124 y 125 del mismo Ordenamiento Legal, y que será materia de demostración en capítulos posteriores. Vid Infra ps. 232 a 265.

Así las cosas, para definir la asistencia legal y establecer su naturaleza jurídica desde la perspectiva del criterio judicial, resulta necesario ubicar dentro de los precedentes del Poder Judicial Federal, el tema de que se trata, y por ello, es oportuno citar la siguiente tesis:

“DECLARACION MINISTERIAL, SIN LA PRESENCIA DE ABOGADO DEFENSOR O PERSONA DE CONFIANZA DEL INDICIADO, VALOR DE LA. Si bien es cierto el Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 125, confiere la facultad al Ministerio Público para que una vez iniciada una averiguación, pueda "citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos" ***no es menos verídico que, dicho***

funcionario precisamente al recibir dentro de la averiguación previa respectiva una declaración con carácter de confesión, por referirse aquélla a hechos propios que le perjudican, debe sin restricción cumplir con el deber que le impone el numeral 127 bis, párrafo primero en relación con el artículo 287 fracción II del citado ordenamiento, consistente en respetar el derecho del declarante a nombrar un abogado o persona de su confianza para que lo asista en esa diligencia ministerial, y si no lo hace así la declaración rendida ante esa autoridad y la posible confesión de los hechos delictuosos que contenga, no puede tener valor probatorio alguno; por tanto, si dicha diligencia fue sobre la cual, de manera principal, se apoya la orden de aprehensión reclamada, por ser los restantes datos de la averiguación insuficientes para que por sí mismos generen la responsabilidad penal del quejoso en la comisión del o los delitos que se le imputan, la orden de aprehensión emitida en esas circunstancias es violatoria de sus garantías individuales consagradas en el artículo 16 de la Constitución Federal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO. Amparo en revisión 19/94. José Antonio Zalazar Fernández. 9 de marzo de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro Elías Soto Lara. Secretario: Rafael Rivera Durón.⁵⁷

Si analizamos el texto y lo ubicamos en el caso real que describe el precedente, se puede inferir que inicia señalando al artículo 125 del Código de Procedimientos Penales, que establece la facultad del Ministerio Público para citar a toda aquella persona que de cualquier forma haya participado en los hechos delictuosos o aparezca tenga datos sobre los mismos; y luego refiere, "(...)no es menos verídico que, dicho funcionario precisamente al recibir dentro de la averiguación previa respectiva una declaración con carácter de confesión, por referirse aquélla a hechos propios que le perjudican, debe sin restricción cumplir con el deber que le impone el numeral 127 bis, párrafo primero en relación con el artículo 287 fracción II del citado ordenamiento consistente en respetar el derecho del declarante a nombrar un abogado o persona de su confianza para que lo asista en esa diligencia ministerial, y si no lo hace así la declaración rendida ante esa autoridad y la posible confesión de los hechos delictuosos que contenga, no puede tener valor probatorio alguno (.)"

⁵⁷ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época, Tomo XIII, Mayo de 1994, p. 425. Disco Compacto IUS 2001 número 1, Ed. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, número de registro 212,548.

Esto último me permite establecer que el caso a que alude la tesis en comentario, se trata del supuesto cuando el Representante Social ya sobre el desarrollo de la declaración advierte que la persona que declara emite hechos propios que le perjudican (confesión); es decir, en ese momento se convierte en indiciado y bajo esa premisa la autoridad investigadora debe respetar el derecho que tiene el declarante de ser asistido por un abogado.

En otras palabras, cuando el Ministerio Público en uso de la facultad que le concede el artículo 125 del Código Adjetivo Federal, citó a la persona para que rindiera declaración, no era considerada como autora o participe del delito, pues de haber sido así, desde el inicio de la declaración le hubiera hecho saber el derecho que tiene a nombrar un defensor o designarle al oficial en caso de que no quisiera hacerlo, en términos de lo que dispone la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República⁵⁸ y 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, ya que esto es de explorado derecho.

Lo anterior significa que en el precedente se analizó el caso de una persona que fue citada en calidad de testigo por tener datos sobre los sucesos presuntamente ilícitos y que en el desarrollo de su declaración emitió hechos propios que le perjudican y que en ese momento pasó a ser considerada como indiciado; y por ende, le nació el derecho a defenderse y nombrar un defensor.

No estoy de acuerdo con el criterio contenido en la tesis que se estudia, en el sentido de que se requiere que el declarante –que no fue citado como indiciado– emita una confesión para respetarle el derecho que tiene a nombrar un defensor, pues como lo dije anteriormente, de la concatenación lógica y jurídica del artículo 127 bis, en relación con los diversos 123, 124 y 125, todos del Código Federal del Procedimientos Penales, ese derecho lo tiene toda persona que deba rendir

⁵⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 140ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002. 26 p.

declaración en los casos de los numerales mencionados, de hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

Ahora bien, dentro de los casos de los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, sin lugar a duda se encuentran las personas que tengan la calidad de testigos, tal y como quedo puntualizado en el inciso 3, subinciso 3.2., de este capítulo Vid Supra ps. 37 y 38; por lo tanto, considero que también es un derecho de éstos últimos que debe ser respetado en todo momento y antes de que comiencen a declarar el Ministerio Público debe hacerles saber que cuentan con ese beneficio y no después durante el desarrollo de su relato.

Es decir, contrario a lo que se desprende del texto de la tesis, no se requiere que el Representante Social advierta una confesión para respetar el derecho del declarante a nombrar un defensor, porque de acuerdo con el artículo 127 bis en estudio, no es un derecho exclusivo del indiciado sino también del testigo, de la víctima del delito e incluso de los peritos; pero el que nos interesa para los efectos de esta investigación es el del testigo, quien desde el inicio de su declaración puede ejercer ese derecho y la posibilidad de que exista obligación o no, por parte del Ministerio Público a informarle del mismo será motivo de análisis en diverso capítulo. Vid Infra p. 188.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En tales condiciones, aunque difiero del criterio judicial mencionado no puedo dejar de reconocer que del mismo se desprende un caso, en el que el declarante no había sido considerado indiciado sino hasta que el Ministerio Público advirtió hechos propios que le perjudican (confesión), lo que me permite afirmar sustentado en bases reales que el testigo se convirtió en inculcado en el mismo acto de su declaración.

De acuerdo con lo anterior, es preciso señalar que el concepto de asistencia legal a que se refiere el artículo 127 bis, del Código de Procedimientos Penales, desde el punto de vista de la tesis mencionada, radica en la acción de ser asistido

por un abogado en el momento de la declaración ministerial y que su naturaleza jurídica participa del derecho a no declarar contra sí mismo y de defensa, que obviamente se establecen en la fracciones II y IX, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, respectivamente; lo que significa que si el precepto legal inicialmente mencionado contempla a las personas que tengan que rendir declaración en calidad de testigos, ello conlleva a estimar de que se trata de una verdadera garantía procesal de este tipo de sujetos (testigos).

5.- Definición propia que se propone de “testigo” y “asistencia legal”

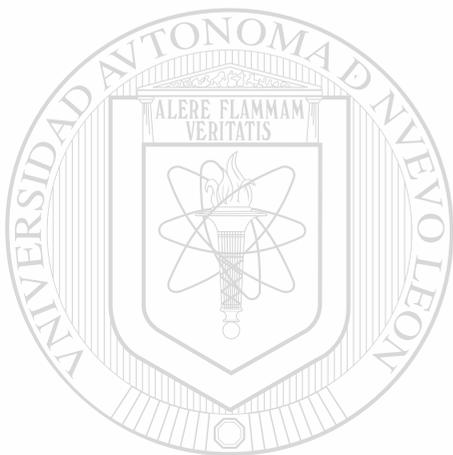
En atención a lo que hemos venido analizando en el puntos que anteceden, en mi opinión, el testigo es toda persona física ajena a la controversia, que directa o indirectamente tuvo conocimiento de los hechos delictuosos, no sólo respecto a la conducta antijurídica (acción u omisión) de los autores, sino también respecto a sus efectos, de los objetos relacionados con éste y de todo aquello que pudiera estar ligado con el suceso antisocial, siempre y cuando esa noción la haya adquirido personalmente a través de sus sentidos; y que reproduce su experiencia por conducto de su relato a la autoridad investigadora o a la jurisdiccional, según sea el caso, en el que deberá expresar las condiciones objetivas de lugar, tiempo y modo de cómo se enteró de tal evento.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Respecto a su naturaleza jurídica podemos decir, que tomando en cuenta que el testigo es la fuente de información para la autoridad y que sólo de él depende que diga la verdad o falsedad de los hechos que se investigan, o altere sustancialmente la esencia de los mismos, es pertinente considerar a la persona que tiene esa calidad como el órgano de prueba que transmite su experiencia a través de su narración, que constituye el testimonio de aquel.

Ahora bien, con relación al concepto de asistencia legal, en mi criterio, es la presencia actual de una persona distinta al asistido autorizada por la Ley, que tiene conocimientos de derecho.

Su naturaleza jurídica participa del derecho general de defensa y al de no declarar contra sí mismo, establecidos en el artículo 20, apartado A, fracciones II y IX, de la Constitución General de Justicia del Estado.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IV.- LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO EN LA DOCTRINA

En búsqueda de información respecto al tema a tratar en la doctrina de otros países, a veces no resulta sencillo, en virtud de lo específico de la investigación, tal es el caso, de la asistencia legal al testigo, que concebida en esos términos no la encontré en el derecho procesal penal extranjero, en las obras que me tocó consultar. Sin embargo, localicé diversas opiniones de autores que han tratado el asunto desde el punto de vista de la persona del imputado en la fase preliminar de investigaciones, que es similar a lo que conocemos en México, como averiguación previa, que es la etapa en la que se centra el estudio que nos ocupa.

Esto último no representa obstáculo alguno al objetivo trazado desde el planteamiento del problema y la formulación de la hipótesis, porque debemos recordar que la asistencia legal al testigo, la estamos contemplando en base al contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales de México, de cuya norma bien se advierte, que es susceptible de ser aplicable al indiciado en la indagatoria, al establecer en su primer párrafo, lo que a continuación cito: *“Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él...”*⁵⁹, por lo que de una simple lectura de los diversos 124 y 125 del CFPP, es fácil darse cuenta que ambos preceptos legales son aplicables tanto para el inculpado como para el testigo.

En consecuencia, es importante conocer el pensamiento de los diversos tratadistas que aluden al asunto en análisis, porque aportan datos sumamente importantes para los fines de la investigación.

1.- Opinión de Carlos Enrique Edwards.

Carlos Enrique Edwards⁶⁰ se refiere a la asistencia letrada al imputado en el derecho procesal argentino, y lo hace de la siguiente manera:

“Doctrinariamente los autores son contestes en reconocer el derecho del imputado a tener asistencia letrada en la prevención; así, Vélez Mariconde afirma que “el derecho de defensa comprende la material y la formal, así como se lo debe reconocer desde el instante mismo en que la libertad queda amenazada por cualquier acto inicial del procedimiento. Esto tiene singular importancia en cuanto a la declaración del imputado, pues a éste no se le puede negar el derecho de declarar durante la investigación preliminar a cargo de la autoridad policial, y el derecho de hacerse asistir entonces por un defensor.”

“Dentro de esta misma línea de pensamiento se afirma que “el derecho de defensa del imputado, sujeto incoercible de la relación procesal, que no puede ser obligado a declarar contra sí mismo (art. 18, Const. Nacional), le asiste en la prevención policial. La mejor manera entonces de garantizar el derecho de defensa del imputado, es propiciar la presencia activa del defensor técnico en el inicio de cualquier investigación que lo sindicue como imputado.”[®]

“Recientemente la XXVIII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados realizada en Washington (Estados Unidos de Norte América) del 25 al 29 de octubre de 1990, resolvió dentro del Comité VI, “Derecho Penal y Derecho Procesal Penal”, recomendar la adopción del sistema acusatorio como garantía del juzgamiento por un tribunal colegiado, con participación del abogado desde la etapa policial. Es decir que este evento jurídico internacional viene a recomendar la asistencia letrada durante la fase prevencional.”

⁵⁹ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. Op. cit. 212-213 p.

⁶⁰ Carlos Enrique Edwards. *El defensor Técnico en la Prevención Policial* Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1990. 22-23 p.

Resulta interesante el apunte que hace Carlos Enrique Edwards, respecto a que al inculpado no se le puede obligar a declarar contra sí mismo y que este derecho le asiste en la prevención policial; es decir, desde el periodo de indagaciones sobre los hechos delictuosos; y que la mejor manera de garantizar el derecho de defensa, es propiciar la presencia activa del defensor técnico.

Además, en lo referente al señalamiento que hace con relación a la XXVIII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados realizada en Washington (Estados Unidos de Norte América) del 25 al 29 de octubre de 1990, ello viene a confirmar nuestra postura de que la tendencia en el derecho procesal penal internacional, es recomendar la asistencia legal desde la fase de la averiguación previa para toda persona que tenga que rendir declaración.

Estos eventos internacionales han venido a fortalecer y actualizar el derecho procesal penal de muchas naciones, pues lo que en ellos se resuelve se ha visto reflejado en diversas legislaciones, tal es el caso de *“Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, que ya tratamos en el capítulo I Vid Supra p. 9,* en el que se llegó a diversos consensos sobre puntos trascendentes relacionados con los sujetos que intervienen en el procedimiento penal, fundados primordialmente en los derechos humanos y libertades fundamentales del hombre, y que para la protección adecuada de éstos se requiere que todas las personas tengan acceso a la asistencia técnica de un abogado.

En este Congreso del Organismo Mundial, ya se establece en el aspecto normativo el concepto de “Toda persona” está facultada para acceder a la asistencia de un abogado, como quedó plasmado en su artículo 1º, que es del texto siguiente:

“1.- Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal.”

2.- Opinión de Luis M. García.

En el Periódico La Ley, editado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, el 5 de julio de 2002, que se especializa en temas de carácter jurídico, contiene un suplemento de jurisprudencia penal, en el que encontré un artículo de Luis M. García⁶¹, relativo al derecho de asistencia legal al indiciado a que se refiere el artículo 18 de la Constitución de la Nación, en el que se alude a la obligatoriedad del Estado a proporcionarle un abogado cuando éste no tuviese uno.

“...Hoy en día no se discute que, en el marco del proceso penal, el derecho de ser asistido por un abogado incluye, en su caso, el deber del Estado a proveer al imputado de un defensor en caso de que no tuviese uno. **Sin embargo, no puede decirse que exista consenso en punto a si ese pasaje de la Constitución le asegura a cualquier persona, en cualquier clase de proceso, que el Estado proveerá de un abogado (14).** Así, la doctrina observa que, si bien la garantía de la defensa en juicio debe asegurarse en cualquier clase de proceso, sea penal, civil, laboral, administrativo o de cualquier otro carácter, el enjuiciamiento penal requiere de mayores garantías necesarias para todos los demás...”

Como puede verse, el citado autor menciona que no existe consenso respecto a si ese precepto de la Constitución le asegura a cualquier persona en cualquier tipo de juicio, que el Estado le asignará un abogado; es decir, ya no sólo se piensa en la persona de inculpado sino que la tendencia de la nueva corriente en el derecho procesal penal internacional, es la de proteger a toda persona que de alguna manera tenga participación en cualquier procedimiento judicial, laboral o administrativo.

3.- Opinión de Carlos Salido Valle

El doctrinario Carlos Salido Valle⁶², habla de la finalidad que persigue la asistencia legal al indiciado desde su detención, en el derecho procesal penal español, y lo refiere de la siguiente forma:

“...Por último, concretar que la finalidad de la asistencia del letrado en la detención y en la declaración del detenido es asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración y que tendrá el debido asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como su derecho a comprobar, una vez realizados y con la presencia activa del Letrado, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma, en definitiva, que se obtenga la certeza de que el interrogatorio se ha llevado con “las manos limpias”, respetándose los derechos constitucionales y las garantías procesales...”

Es importante el apunte que hace el autor respecto a la finalidad de la asistencia legal al detenido, porque en mi opinión, describe acertadamente la función del abogado que es la de asegurar con su presencia personal, que los derechos constitucionales y procesales del declarante sean respetados.

Esa línea de pensamiento me permite considerar que la finalidad de la asistencia legal al indiciado, que comenta Salido Valle, bien puede acoplarse a la situación procesal del testigo en la fase de indagaciones que se analiza en esta investigación, porque al igual que el primero (acusado), también tiene garantías constitucionales y procesales que deberán ser respetadas durante su declaración y que una protección adecuada de ellas es mediante la presencia del abogado en la diligencia respectiva; entre ellas, el derecho a guardar silencio (art. 20, apartado a, fracción II), cuando se le hace una pregunta que pueda perjudicar a su persona y

⁶¹ Luis M. García. *Periódico La Ley (Suplemento de Jurisprudencia Penal)*. 5 de julio de 2002. 12 p.

⁶² Carlos Salido Valle. *La Detención Policial*. Ed. José M^a. Bosch, España, 1997. 341-342 ps.

cuya respuesta lo pudiera incriminar; así como la facultad que tiene de comprobar la fidelidad del texto de su deposición antes de firmarla (art. 254 del CFPP) y la de abstenerse de rendir declaración cuando esté ligado con el inculpado por parentesco, amistad, amor o respeto (art. 243 del CFPP).

4.- Opinión de Víctor Moreno Catena.

Este autor nos dice que el derecho a la asistencia de un abogado, se reconoce constitucionalmente, en los artículos 17.3 y 24.2, de la Constitución Española⁶³, como un de los instrumentos de la más amplia facultad de defensa y que tiene eficacia desde las diligencias policiales, y lo cita de la manera siguiente:

“...Como uno de los derechos instrumentales del más amplio derecho de defensa, se reconoce constitucionalmente el derecho a la asistencia de abogado, garantizado tanto en las diligencias policiales como en las judiciales (arts. 17.3 y 24.2 CE)....”

Algo similar sucede en el derecho procesal penal mexicano, pues en el artículo 20, apartado A, fracción X, último párrafo, de la Constitución General de la República⁶⁴, se prevé la garantía de nombrar un defensor desde las primeras declaraciones del indiciado, en los siguientes términos:

“...Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan, lo previsto en la fracción II, no estará sujeto a condición alguna.”

Por su parte, la fracción IX, del citado precepto constitucional mexicano, refiere:

⁶³ Víctor Moreno Catena. *El Proceso Penal (Sistema Penal y Derechos Humanos)* 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 2000. 93 p.

⁶⁴ Op. cit. 26 p.

"IX.- Desde el inicio del su proceso será informado de los derechos que a su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas se le requiera; y..."

Así las cosas, de acuerdo con lo antes señalado, esta última norma es aplicable no sólo en el proceso ante un juez, sino que opera desde la fase de averiguación previa, en la que el inculpado podrá designar un defensor; siendo obligatorio para el Estado proporcionarle uno, en caso de que no quiera o no pueda hacerlo; lo que significa que no es concebible jurídicamente declarar al imputado sin la presencia de un abogado o persona de confianza, salvo que él decida defenderse por sí mismo, en cuyo supuesto se estaría en el caso de excepción.

5.- Opinión de Julio Antonio Hernández Pliego.

En México, la asistencia legal al testigo en la averiguación previa, se encuentra contemplada en el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y sobre ello, opina el autor Julio Antonio Hernández Pliego⁶⁵, con los siguientes argumentos.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

"...No deja de llamar la atención, que el Código Federal de Procedimientos Penales, permita que en la averiguación previa, la persona que haya de rendir declaración ante el Ministerio Público, éste asistido por un abogado que designe al efecto, y no otorgue ese derecho a los testigos que declaren ante la autoridad judicial.

Efectivamente, el artículo 127-Bis indica: "Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él. El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido".

Parece que la teleología de la norma se orienta a establecer un freno a la discrecionalidad de la autoridad investigadora de los delitos, en cuanto a la formulación del interrogatorio a los testigos, habida cuenta que éstos no

⁶⁵ Julio Hernández Pliego. *El Proceso Penal Mexicano* Ed. Porrúa, Mexico, 2002. 485 p.

pueden válidamente negarse a declarar, pero el abogado que nombren sí podrá impugnar las preguntas inconducentes o contrarias a la ley. Sin embargo, la interpretación judicial parece no compartir este criterio, si no se pierde de vista que sólo siendo abogado –no defensor de confianza- se tendría la capacidad legal para impugnar el interrogatorio del fiscal:

“DECLARACIÓN MINISTERIAL. NO ES REQUISITO QUE LA PERSONA QUE ASISTA AL INDICIADO SEA ABOGADO. Una correcta interpretación del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, lleva a considerar que no necesariamente debe ser un abogado la persona que asista al indiciado al emitir su declaración ministerial, cuenta habida que la fracción II, inciso B, del artículo 128 y la fracción II del artículo 287, ambos del código antes mencionado, establecen, como uno de sus requisitos, para que una declaración tenga el carácter de confesión, que deba ser rendida ante el defensor o persona de su confianza.”

Por principio de cuentas debo decir, que las ideas de Hernández Pliego coinciden con nuestra postura, en el sentido de que jurídicamente es posible que el testigo pueda ser asistido por un abogado nombrado por él en su declaración ante el Agente del Ministerio Público Federal, conforme a lo establecido por el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y que el letrado podrá impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho.

Ahora bien, no comparto el apunte del autor respecto a que los testigos no pueden legalmente negarse a declarar, pues en mi opinión existen excepciones a esa regla general, como cuando se le interroga al testigo con el ánimo de descubrir si tuvo algún grado de participación en la comisión delictiva, en cuyo caso, considero que no está obligado a responder porque en ese momento el Representante Social lo está considerando como probable autor del ilícito; y siendo así, ipso jure puede invocar las garantías individuales que establece la Constitución para las personas que tienen la calidad de indiciados, de acuerdo con lo establecido en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, que prevé el derecho de que no podrá ser obligado a declarar; y además, esta prerrogativa no está sujeta a condición alguna, según lo dispone el último párrafo, de la fracción X, del mismo numeral en comentario; por lo tanto, estimo que en este supuesto sí está en aptitud de negarse a declarar sobre lo que se le interroga, puesto que si responde pudiera incriminarse.

En tales condiciones –en mi criterio- si bien la regla general es de que todo testigo debe declarar, lo cierto es, que también admite el caso de excepción, cuando se niega a hacerlo en base a una causa de justificación, al invocar el derecho a guardar silencio que le concede la fracción II, del artículo 20, apartado A, Constitucional, en relación con lo que dispone el diverso 15, fracción VI, del Código Penal Federal⁶⁶, que dice:

"VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

En efecto, el hecho de negarse a declarar pudiera llevar al testigo a incurrir en la conducta típica que constituye el delito de desobediencia y resistencia de particulares, que tipifica el artículo 182 del Código Penal Federal⁶⁷, que textualmente cita:

"Art. 182.- El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de diez a treinta días de multa. En caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno seis meses o de treinta a noventa días del multa."

Sin embargo, si se le ha informado al principio de su declaración que tiene la calidad de testigo y durante el desarrollo de la diligencia el Ministerio Público lo interroga sobre hechos propios que tienen que ver con la intención de descubrir si tuvo alguna participación de tipo delictivo en los hechos que investiga, en mi opinión, puede validamente negarse a responder la pregunta porque lo haría en ejercicio del derecho que le concede la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución

⁶⁶ Op. cit. 12 p.

⁶⁷ Op. cit. 66 p.

General de la República⁶⁸; y en consecuencia, la conducta descrita en el tipo se llevaría a cabo, pero bajo una causa de justificación que no la hace antijurídica; además, la autoridad investigadora no podría obligarlo a que declare sobre ello so pena de incurrir también en alguna conducta ilícita.

Sobre el punto de que se trata, se podría llegar a pensar que bastaría la impugnación de la pregunta por parte del abogado que asista al testigo en su declaración para que el Fiscal se abstenga de interrogarlo en ese sentido; sin embargo, en la práctica se dan múltiples situaciones, que escapan al contenido normativo, como lo es el caso, de que la calificación de la pregunta quedaría al prudente criterio del Órgano Persecutor de lo delitos, quien en un momento dado pudiera considerar que tal cuestionamiento no es inconducente o contra derecho; lo que implicaría establecer como válida la interrogante, con la consecuente obligación del testigo a responderla, en cuyo caso correspondería a éste último, negarse a contestar con apoyo en la garantía individual ya citada.

Otras de las excepciones al deber de declarar las encontramos en el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala:

Art. 243. No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si estas personas tuvieran voluntad de declarar se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración.

Como puede verse, en todos estos casos también el testigo está exento del deber de rendir declaración, salvo que sea su voluntad hacerlo; lo que quiere decir, que en tales hipótesis depende de él otorgar testimonio o no.

⁶⁸ Op. cit. 25 p.

Sobre este punto, es importante señalar que en apariencia parece sencillo por parte de la autoridad investigadora respetar la voluntad del testigo en el sentido de que no es su deseo declarar cuando manifiesta encontrarse en alguno de los supuestos a los que alude el artículo 243 citado; sin embargo, en la práctica no basta el simple señalamiento del testigo sino que se exige la prueba de que efectivamente está en alguno de los supuestos que contempla dicha norma, lo que en mi opinión, resulta correcto, pues no hacerlo propiciaría la evasión recurrente al deber de declarar lo que provocaría un grave obstáculo a la procuración de justicia que es de orden público y está por encima de cualquier interés particular.

También debemos considerar hasta qué grado se puede exigir prueba al testigo sobre la causa por la cual alega estar exento del deber de declarar, pues justificar el parentesco puede resultar sencillo o alguna relación de tipo civil, como ser tutor, curador pupilo, etc; pero qué sucede cuando están de por medio los sentimientos, como el amor, respeto, cariño o estrecha amistad, que son elementos de tipo subjetivo que sólo la persona siente y conoce, ¿Cuál sería la prueba idónea para justificar tales conceptos?, interrogante que será motivo de estudio aparte.

Es por lo anterior, que no concuerdo con el autor Julio Hernández Pliego en cuanto afirma que el testigo no puede legalmente negarse a declarar, pues como lo hemos referido, existen excepciones a esa obligación.

6.- En opinión de Miguel Héctor Ponce Ramírez.

Otro de los doctrinarios que sostiene que es un derecho del testigo el ser asistido por un abogado durante su declaración, es Miguel Héctor Ponce Ramírez⁶⁹, quien emite sus ideas de la manera siguiente:

“...Será ineludible para el Ministerio Público el hacerle saber al testigo, que tiene el derecho de ser asistido en la diligencia por un abogado nombrado por él, y si opta por ejercitar la facultad que se le confiere, podrá recaer la designación, en un abogado particular e incluso en el Defensor de Oficio, llevando a cabo únicamente su participación, impugnando las preguntas que formule el Representante Social, si estas son inconducentes o contra derecho, y tendrá la obligación de no obstaculizar el desarrollo de la diligencia produciendo o induciendo las respuestas de la persona que haya solicitado su asistencia.

El Representante de la institución de la Defensa, puede desempeñar el papel de Abogado asistente, en el caso de los testigos que ofrezca para beneficio del inculpado, sin contraponerse con la función de Defensor, pues la finalidad no es solamente conducirse como observador o testigo del desahogo de la prueba, sino evitar que el Ministerio Público formule preguntas inconducentes o contra derecho; si se presentare ceguera en el Representante Social para comprender ésta función, no debe perderse de vista que el Defensor, tiene la obligación de comparecer al desahogo de las pruebas en la etapa de averiguación previa, y por tanto, si se estuviere desahogando una diligencia testimonial, debe solicitar que se le tenga por presente en la actuación que se desarrolla, y participar igualmente, vigilando que el interrogatorio no sea inconducente, o contra derecho, es decir, que los cuestionamientos no sean capciosos, tendenciosos, inductivos, de opiniones personales del testigo, o sobre hechos que no tengan relación con el que se investiga.”

Según el pensamiento del autor Ponce Ramírez, para el Ministerio Público será ineludible informar al testigo sobre el derecho que tiene a ser asistido por un abogado durante su declaración; es decir, lo contempla como una obligación de la autoridad investigadora; sin embargo, debo decir, que a la luz del contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no se desprende que exista tal obligación para el Representante Social en ese sentido.

A diferencia de lo que sucede cuando se trata del caso del inculpado, en el que existe disposición expresa respecto a que se le harán saber los derechos que la Constitución General de la República le otorga, de acuerdo con lo que se advierte del

⁶⁹ Miguel Hector Ponce Ramírez. *Practica Forense para el Defensor dentro del Periodo de Averiguación Previa* Ed. Orlando Cárdenas Editor, S.A. de C.V., Irapuato, Guanajuato, México, 1998. 167 p.

contenido de la fracción III, del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales⁷⁰, que es del tenor siguiente:

Art. 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

I.- Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido, el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido;

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes: (...)"

Así las cosas, conforme al dispositivo legal citado, sí es una obligación del Agente del Ministerio Público hacerle saber al indiciado los derechos que le otorga la Carta Magna, de lo que obviamente deberá dejar razón de ello, en el acta correspondiente.

En el caso de los testigos y particularmente en lo concerniente al texto del artículo 127 bis del CFPP, no se advierte que el Fiscal tenga la obligación de hacerle saber del derecho que tiene a ser asistido por un abogado en su declaración; sin embargo, al igual que el autor Ponce Ramírez, comparto la idea de que el Órgano Investigador debe informar de ello al testigo antes de que comience su declaración por ser una Institución de buena fe, que está interesada en que prevalezca la ley en todo momento y se observen la formalidades esenciales del procedimiento.

Ahora bien, de acuerdo con la apreciación de Miguel Héctor Ponce Ramírez, la función del abogado que asiste al testigo no se concreta a ser un simple

⁷⁰ Op. cit. 213 p.

observador del interrogatorio que le está siendo formulado a su asistido, sino que es de la idea de una asistencia activa preponderantemente para evitar que el Ministerio Público le haga preguntas inconducentes o contra derecho, incluso ello lo ilustra con un ejemplo que se da en la práctica, que es el caso de que la función de defensor no se contrapone con la situación de ser abogado asistente en tratándose de testigos que declararán en beneficio del indiciado porque siendo defensor tiene el derecho de estar presente en todos los actos de prueba, en cuyo supuesto debe exigir que se le tenga por presente en la diligencia y participar igualmente vigilando que el interrogatorio se ajuste a la legalidad.

Estoy de acuerdo con las ideas del autor en estudio, porque efectivamente pienso que no puede concebirse al abogado que asiste al testigo adoptar una actitud pasiva y sólo concretarse a ser un simple observador de la diligencia, pues incluso el hecho de que objetara alguna o algunas preguntas durante el desarrollo de ésta seguiría siendo una postura estática, pues considero que la asistencia al declarante no se concreta solamente a vigilar el interrogatorio del Ministerio Público sino también a que se le respeten las garantías procesales que se contemplan en el Código Federal de Procedimientos Penales, tales como: El derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no declarar cuando tenga parentesco con el inculpado, el derecho a leer su declaración; y en su caso, hacer las correcciones necesarias antes de firmarla, etc; facultades que serán motivo de análisis en el capítulo X Vid. *Infra* p. 168.

7.- En opinión de Sergio García Ramírez.

Este prestigiado doctrinario mexicano analiza la asistencia legal⁷¹ a que se refiere el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, como un

⁷¹ Sergio García Ramírez. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1993. 73 p.

derecho relativo a la condición de indiciado en la fase de averiguación previa, y lo hace en los siguientes términos:

“...Un derecho más: “el de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea. Ya señalé que en la Cámara de Diputados se amplió el alcance de los derechos del imputado. En la iniciativa se reconocía el “de no declarar si así lo desea”. Están cubiertos, pues, los derechos a no autoincriminarse (confesar) y guardar silencio. Esto último se reconocerá también al inculpado que rinde declaración preparatoria.

Además, tómese en cuenta, aquí, que los términos del nuevo artículo 127 bis del CFPP, el inculpado tiene derecho a estar asistido por un defensor cuando rinda declaración en la averiguación previa. En consecuencia, puede optar por declarar, pero solo en presencia de su defensor y su auxiliar, aguardando para ello a que ambos —o alguno— comparezcan.”

“...5) El que rinde declaración en la averiguación previa tiene derecho a ser asistido por un abogado que él designe, quien puede impugnar las preguntas que se formulen a sus asistido “si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.” (Artículo 127 bis del CFPP).”

Sin embargo, como ya lo vimos en líneas anteriores, también es factible aplicarlo para el caso de los testigos, pues tal numeral nos remite a los diversos 124 y 125, y de éstos se desprende que las personas que pueden rendir declaración conforme a los citados preceptos legales, son —entre otros— el inculpado y el testigo en la fase de indagaciones; por lo tanto, no estoy de acuerdo en que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, sea solamente analizado a la luz de la situación procesal del probable autor del delito.

Cabe decir, que no obstante que el artículo 127 bis del CFPP, establece la frase de que *“Toda persona que haya de rendir declaración...”*, en la que desde luego se debe considerar al indiciado dado que es uno de los sujetos de la relación procesal que se entabla al momento que se tiene conocimiento de la comisión del delito, es importante señalar que la situación procesal de este último (acusado) está perfectamente definida en el artículo 128 del mismo Ordenamiento Legal; es decir, ¿Qué necesidad hay de establecer que el imputado tiene derecho a estar asistido por un abogado en su declaración en la averiguación previa?, cuando el referido numeral

(128) prevé expresamente el derecho de defensa de dicho individuo, por sí, por abogado o persona de su confianza, en concordancia con lo que establece el artículo 20, apartado A, fracción IX, y fracción X, último párrafo, de la Carta Magna, mismos que puede hacer valer desde la averiguación previa.

Igualmente me parece que no sería compatible la condición del inculpado con el contenido del artículo 127 bis del CFPP, porque éste claramente establece que el abogado podrá impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho; pero no podrá producir ni inducir las respuestas de su asistido. Y en esta parte me pregunto ¿Qué necesidad hay de que el abogado objete las interrogantes inconducentes o contra derecho que formule el Ministerio Público al acusado?, cuando tiene la facultad de recomendar o aconsejar a su defendido de que se abstenga de responder con fundamento en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución.

Otro cuestionamiento que cabe mencionar es, ¿Qué necesidad hay de establecer que el abogado no podrá producir o inducir la respuesta de su asistido, si tiene la facultad de aconsejar al declarante de que se abstenga de responder o de declarar inclusive, de acuerdo con el precepto constitucional ya citado?

El artículo 127 bis del CFPP habla del concepto de “abogado”; es decir, que el compareciente necesariamente tendría que ser asistido por un profesional del derecho que justificara en el acto de la diligencia estar legalmente autorizado para ejercer tal profesión, lo que no es compatible con el derecho del indiciado, quien puede defenderse por sí mismo, por abogado o persona de confianza, según la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Máxima Ley del País, y la III, inciso b, del 128 del CFPP.

Además, el citado numeral 127 bis del CFPP solamente establece que el declarante tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él, sin

establecer alguna obligatoriedad de parte del Órgano Investigador de nombrarle a uno oficial en caso de que no quiera o no pueda nombrarlo, lo que está en franca contradicción con el previsto en la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna y fracción III, inciso b, del 128 del CFPP, en el que sí se prevé tal obligación del Estado.

Por todas estas razones, en mi opinión, el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es en todo caso congruente con la situación procesal del testigo –sin que se entienda que sea un derecho exclusivo de éste–, pues para ello basta considerar que atendiendo a la naturaleza propia de la prueba testimonial, el declarante deberá manifestar su información de forma espontánea libre de cualquier factor ajeno a su voluntad que influya en sus respuestas, ya que debe recordarse que tiene la obligación de decir la verdad sobre los hechos que le constan. Por eso estimo, que esta norma no podría ser compatible con la condición de indiciado, porque atenta contra la comunicación que debe prevalecer entre éste y su defensor; lo que me permite afirmar que la referida norma procesal no debe ser analizada sólo en relación con el acusado sino también respecto al testigo.

8.- En opinión de Moisés Moreno Hernández.

Este autor participó en una obra interesante denominada “El proceso Penal sistema Penal y Derechos Humanos”⁷², en la que se recopilaron diversos estudios sobre las legislaciones de Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, España y México, y Moisés Moreno Hernández desarrollo el tema “El Proceso Penal en México, D.F.”, en el que se refiere al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyos comentarios son entorno a que la intervención del defensor aparece desde la fase de averiguación previa y sostiene que la asistencia del abogado debe ser ejercida a plenitud y no concretarse a ser un mero observador como sucede con el defensor de oficio, al que cataloga como una

figura simbólica, pero para una mejor comprensión de sus ideas me permito transcribirlas:

En el derecho procesal vigente, la intervención del defensor se da desde el procedimiento de averiguación previa. Debe ejercerla en plenitud, y no contentarse con la sola presencia, como hasta el momento se viene haciendo, en mayor medida por el defensor de oficio, que viene a ser una figura simbólica de esta fase procedimental. Por tal motivo, en la ley adjetiva debe fortalecerse (en el artículo 127 bis, párrafo segundo, del CFP), la obligación, por parte del defensor, de una debida defensa o su consecuente responsabilidad, y establecer en el ámbito local esta misma obligación.”

Desde mi punto de vista, Moisés Hernández Moreno dice una gran verdad, el defensor oficial o público en México, en la mayoría de los casos –por no decir que en todos- adopta una actitud pasiva en las diligencias que interviene, pues en las ocasiones que me ha tocado presenciar alguna, se concreta a ser un simple observador del desarrollo de la misma; en realidad sería una verdadera excepción mencionar algún ejemplo en el que el abogado proporcionado por el Estado, confronte las decisiones de la autoridad en el acto mismo de la actuación y asuma su responsabilidad de garante para hacer que se respeten los derechos constitucionales y las garantías procesales del declarante.

El autor pugna porque se establezca en el segundo párrafo, del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, la obligación del defensor a ejercer una debida defensa.

Sin embargo, en mi concepto, la referida disposición legal sí establece la asistencia legal activa al establecer la facultad del abogado para impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho; prerrogativa que debe llevar al límite de sus posibilidades atendiendo a las circunstancias en las que tenga lugar la diligencia en aras de proteger los intereses jurídicos del sus asistido; por lo que considero que más que una obligación debe hacerse conciencia entre los profesionales del derecho

⁷² Moisés Moreno Hernández. Op. cit.

a que hagan uso de los instrumentos que proporciona la ley para garantizar el respeto a los derechos fundamentales y garantías procesales de la personas que han de rendir declaración; y uno de ellos, es el que se prevé en el numeral 127 bis del CFPP.

Por eso he decidido dedicar un capítulo especial a los derechos que tiene el testigo en la averiguación previa, que se traducen en verdaderas garantías procesales; y que por esa razón estimo, que la función del abogado no sólo se concreta a objetar las preguntas del Fiscal sino también a vigilar que la diligencia se desarrolle con la observancia debida a todos y cada uno de los beneficios que prevé la ley a favor del testigo, verbigracia, el derecho a leer el acta y enmendarla antes de firmarla o después de firmada pero antes de retirarse del local, el derecho a abstenerse de declarar cuando está ligado con el inculpado por parentesco o lazos de amor, estrecha amistad, respeto, etc.

Así las cosas, discrepo parcialmente de la postura de Hernández Moreno porque en todo caso, lo que se requiere es una reforma al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en el que se adicione la facultad del abogado a vigilar y hacer que la autoridad observe en todo momento los derechos fundamentales y garantías procesales del declarante; por lo que propongo una redacción en los siguientes términos:

“Art. 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Además tendrá la facultad de exigir se respeten los derechos que la Constitución General de la República establece a favor del declarante, así como las garantías procesales contenidas en la ley secundaria. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.

De esta manera el abogado tendría una herramienta de suma importancia para hacer todavía más activa la asistencia legal, no sólo con relación al inculpado como lo refiere Moisés Hernández Moreno, sino también para el testigo, que como ya ha sido suficientemente comentado también tiene el derecho a ser asistido por un letrado en la declaración que rinda ante el Agente del Ministerio Público Federal, conforme al texto del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

9.- En opinión de Marco Antonio Díaz de León.

En su importante obra "Código Federal de Procedimientos Penales comentado"⁷³, el autor hace breve referencia sobre la aplicabilidad del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los caso (sic) de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.

Comentario: el cumplimiento de este precepto debe hacerse de tal manera y cuidado que al mismo tiempo no comprometa el sigilo y el secreto propios de la investigación de los delitos, para no propiciar la impunidad, o bien la fuga, aviso o consejo indebido de los restantes intervinientes en el delito, en alguna de las formas del artículo 13 del Código Penal, que aún no estuvieran sujetos a la investigación respectiva o bien que aún no hubieran declarado ante el Agente del Ministerio Público." Pág. 101"

Como puede verse, el autor no es claro en sus apreciaciones, ya que no explica por qué la aplicación del artículo 127 bis del CFPP, en su caso, comprometería el sigilo y el secreto de la averiguación; y en su caso, por qué propiciaría la impunidad.

⁷³ Marco Antonio Díaz De León, *Código Federal de Procedimientos Penales comentado*. 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 1991. 101 p.

Si bien es cierto que las autoridades investigadoras tienen la alta responsabilidad de perseguir el delito y al delincuente; y además, es un hecho indiscutible el clamor social en nuestros días respecto a la exigencia de que se actúe con mano dura sobre aquellas personas que hacen de su modo de vida el delinquir; sin embargo, también es verdad, que desde el punto de vista de la ciencia jurídica de ninguna manera podemos retroceder a los tiempos de los procesos inquisitoriales y secretos, porque la misma experiencia del pasado ha llevado a las legislaciones del mundo a adoptar nuevas formas de conciliar el combate a la impunidad y el respecto a los derechos fundamentales del hombre, en las leyes del procedimiento penal.

Por ello discrepo de lo apuntado por el autor Díaz De León, pues contrario a lo que expone, en mi opinión, el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, viene a ser una de esas normas que buscan encontrar el punto de equilibrio entre la autoridad y el gobernado, ya que no es concebible que en aras de las procuración de justicia se tenga que admitir la violación a alguno o algunos de los derechos de las personas que por alguna razón tengan que rendir declaración en la averiguación previa, como tampoco es válido pensar que una disposición legal con esas características pondría en riesgo el sigilo de la averiguación, porque entonces, bajo esa premisa jamás tendría aplicabilidad, lo que no sería correcto desde el punto de vista jurídico.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

V.- LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

1.- En la Constitución General de la República

Procesalmente se concibe al testigo como la persona obligada a declarar lo que sabe en relación con el hecho delictuoso y el delincuente ante el Agente del Ministerio Público en la averiguación previa; y luego al Juez, en el proceso penal. A esta obligación de declarar se le ha considerado de orden público puesto que la sociedad y el Estado tienen interés en que se cumpla el fin de procurar y administrar justicia; de ahí que, se ha llegado al extremo de que para lograrlo se han establecido en la diversas leyes las sanciones correspondientes a aquellas personas que se resistan a cooperar con tal finalidad, como lo son delitos y medidas de apremio, que serán motivo de análisis de diverso capítulo. Vid Infra ps. 212 a 228.

Bajo esa premisa generalmente se piensa que dicho individuo (testigo) carece del más elemental derecho a ser asesorado por un abogado, en razón de que, ello dificultaría la acción de la justicia, pues lo que se requiere es que las declaraciones de los testigos sean lo más espontáneas posible y protegerlas de cualquier garantía que pudieran invocar; y visto de esta manera, tendríamos que llegar al absurdo que dichas personas no tienen derecho alguno en el procedimiento, en este caso, en la averiguación previa.

Sin embargo, en mi opinión, el derecho a nombrar a un abogado que lo asista en su declaración, tiene su origen en los derechos humanos y es inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo, y como ejemplo de ello, podemos citar las apreciaciones hechas en el capítulo I, incisos 3 y 4, que se refieren a La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y a los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las

Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, Vid Supra ps. 8-9, y de este último documento vale la pena citar nuevamente el extracto de la parte considerativa de sus resoluciones, que quedó redactada de la siguiente manera:

“(...)Considerando que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que *toda persona puede invocar*, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, *requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente.* (...)”

También resulta importante mencionar el artículo el artículo 19 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, que dice:

“19.- Ningún tribunal ni organismo administrativo *ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente*, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios.”

Tampoco puede pasar desapercibido lo que se trató en el capítulo II, inciso 6, vid supra p. 23, respecto a las circunstancias que motivaron la iniciativa de ley del Ejecutivo Federal presentada al Congreso de la Unión, el 11 de noviembre de 1990, que motivó la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, en la que se creó el artículo 127 bis, que en mi opinión contiene el derecho del testigo a ser asistido por un abogado en su declaración, que dice:

“(...) CONTENIDO: *Tiene como argumento fundamental la necesidad de establecer mecanismos idóneos para vigorizar el respeto a los derechos humanos* dentro del Estado Social de Derecho, trata de poner al día toda la eficacia del Estado y el potencial de la Sociedad Civil en beneficio de la condición social, comunitaria y colectiva, *con el fin de establecer con mayor claridad los límites de actuación de los órganos del Estado durante diferentes momentos procedimentales y del juicio penal y buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales.*”

De lo anterior se puede inferir que la intención de proponer la reforma por parte del Presidente de la República, fue la de plasmar en la ley disposiciones que vigorizaran el respeto a los derechos humanos; por lo que, necesariamente debo considerar que el derecho del testigo a contar con la presencia de un abogado en su comparecencia ante la autoridad investigadora, de alguna forma participa de la naturaleza de los derechos humanos.

El tema de los derechos humanos en México alcanzó su auge cuando fue incluido en nuestra Carta Magna, mediante la reforma por adición a su artículo 102, específicamente en lo que se refiere al apartado B⁷⁴, que establece la creación de organismos que tengan por objeto la protección a los citados derechos fundamentales, cuyo primero y segundo párrafos disponen:

“B. El congreso de Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán los organismos de protección a los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas (...)

De esta manera nace la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y por supuesto las de similar función en cada una de las Entidades Federativas; sin embargo, debo decir, que tales organismos carecen de la facultad para hacer cumplir sus resoluciones y sólo se concretan a emitir recomendaciones cuyo desacato por parte de la autoridad o funcionario público a quien se le hace la recomendación sólo tiene como sanción -si es que así se le puede llamar- la denuncia pública, según se

⁷⁴ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* 140ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002. 96-98 ps.

advierte del contenido del artículo 137 de la Ley que regula a dicha Comisión⁷⁵, y que dice lo siguiente:

ARTÍCULO 137.- La autoridad o servidor público a quien se haya dirigido una Recomendación, dispondrá de un plazo de 15 días para responder si la acepta o no.

En caso negativo, así se hará del conocimiento de la opinión pública (...)"

Ahora bien, no obstante que en esta sección corresponde estudiar las disposiciones constitucionales que están relacionadas con la asistencia legal al testigo, vale la pena mencionar que de acuerdo a la consulta que se ha hecho para analizar el texto del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, me doy cuenta que es una norma que se adelantó a su tiempo por su contenido tan amplio en cuanto al derecho que tiene toda persona que de alguna manera tenga participación en el trámite de la averiguación previa, de nombrar un abogado para que la asista en su declaración, pues si bien su creación es concomitante con la reforma constitucional del artículo 102 Constitucional, la verdad es, que el primero de los preceptos legales mencionados entró en vigor previamente a esta última.

En efecto, el artículo 127 bis del Código Adjetivo Federal fue aprobado[®] mediante decreto del Congreso de la Unión de fecha 20 de diciembre de 1990 y promulgado por el Ejecutivo Federal mediante publicación hecha en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de enero de 1991⁷⁶; mientras que la reforma al artículo 102 de la Constitución General de la República fue aprobada por el Poder Legislativo el 22 de enero de 1992 y publicada en el Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1992⁷⁷; es decir, un año y veinte días después.

⁷⁵ *Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos* Ed. Delma, S.A. de C.V., México, 2001. 57 p.

⁷⁶ Poder Ejecutivo Federal. Diario Oficial de la Federación. 8 de enero de 1991. 3 p.

⁷⁷ Poder Ejecutivo Federal. Diario Oficial de la Federación. 28 de enero de 1992. 6 p.

Recientemente se reformó el artículo 1º de la Máxima Ley del País⁷⁸, mediante decreto del 14 de abril de 2001, con un alto contenido del concepto de derechos humanos, pues en el mismo se establece lo siguiente:

1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o **cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.**"

Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir, que la asistencia legal al testigo se encuentra protegida por el artículo 1º de la Constitución General de la República, pues si el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, fue creado sobre la base de fortalecer el respeto a los derechos humanos de las personas y buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales, es obvio que no se puede negar que la reforma al artículo 1º Constitucional viene a plasmar una norma de carácter sustantivo (garantía individual) que se encuentra íntimamente relacionada con éstos (derechos humanos).

Así las cosas, considero que si la autoridad investigadora en un momento dado se negara a que el testigo estuviera asistido por un abogado en su declaración, ello constituiría una discriminación que atenta contra su dignidad humana, pues obviamente menoscaba ese derecho fundamental del hombre; luego entonces, en observancia estricta a la ley, el testigo está en aptitud de nombrar a un profesional del derecho que lo asista en su comparecencia y esta decisión deberá ser respetada en todo momento, cuya finalidad también será motivo de análisis en capítulo subsecuente Vid Infra p. 188.

⁷⁸ Op. cit. 7-8 ps.

Ahora bien, una de las interrogantes por despejar en esta investigación es, si existe la posibilidad real que en la misma declaración el testigo pueda ser considerado con el carácter de inculpado, bien porque haya reconocido hechos propios que le perjudican o porque el Ministerio Público en ese momento lo estima sospechoso de que tuvo alguna participación en la comisión del delito.

En razón de lo anterior considero, que la asistencia del abogado desde el inicio de la deposición del testigo resulta sumamente importante y trascendente porque precisamente es a él a quien le corresponde vigilar que la autoridad investigadora actúe en el límite de sus atribuciones; por lo que, si el Representante Social le otorga la calidad de testigo, todo el interrogatorio que le haga será congruente con ello; es decir, sobre lo que sabe del delito y del delincuente; pero si en ese momento lo considera sospechoso de haber participado en los hechos delictuosos, el testigo deja de tener este carácter y cambia su situación a la de inculpado; por lo que, ipso iure queda protegido por las garantías contenidas en el artículo 20, apartado A, fracciones II y IX, de la Constitución General de la República, que establecen el derecho a no declarar contra sí mismo y el derecho general de defensa; lo que significa que si la posición del testigo se transforma a la de inculpado igualmente su asistente se convierte en su defensor.

La fracción II, de la Carta Magna, dispone lo que a continuación transcribo:

“(…) II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio; (…)”

Por su parte, la fracción IX, de la Máxima Ley del País, establece:

“(...) IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y, (...)”

Estas dos garantías constitucionales deben observarse desde la fase de averiguación previa, según lo dispone el último párrafo, de la fracción X, del apartado A, de la Constitución, que dice:

“Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.”

En tales condiciones, en mi criterio, la asistencia legal al testigo como tal, está relacionada con lo establecido en los artículos 1º y 102 de la Constitución General de la República, por tratarse de un derecho que tiene su origen en los derechos humanos; pero cuando de testigo pasa a ser considerado inculcado, la asistencia se extiende a la garantía de defensa contenida en los numerales ya citados, y en ese momento de la declaración, el testigo está en aptitud de abstenerse de contestar preguntas que lo pudieran incriminar con fundamento en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, lo que será motivo de análisis en diverso capítulo. Vid Infra p. 190.

2.- En el Código Federal de Procedimientos Penales

Como lo hemos venido diciendo durante el desarrollo de esta investigación, la asistencia legal al testigo en la averiguación previa en materia federal, la encontramos en el contenido del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales⁷⁹, el cual, se relaciona con los diversos 123, 124 y 125 del

⁷⁹ Op. cit. 212-213 ps.

mismo Ordenamiento Jurídico; cuyo análisis se realizó en el capítulo III, inciso 3, denominado "Conceptos legislativos de testigo y asistencia legal", por lo que me permito dar por explicado este apartado en obvio de innecesarias repeticiones. Vid. Supra p. 38.

3.- En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.

La asistencia legal al testigo en el Estado de Nuevo León, la encontramos en los dos últimos párrafos, del artículo 150 del Código de Procedimientos Penales de dicha Entidad Federativa⁸⁰, que dice:

"ART. 150.- Se asentarán en el acta a que se refiere el artículo anterior, todas las observaciones acerca del presunto responsable y la víctima se hubieran recibido, ya sea en el momento de cometer el delito o de su detención, o bien durante la práctica de las diligencias en que se hubiere intervenido.

El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezca tengan datos sobre los mismos.

En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

Toda persona que haya de rendir declaración en los casos de los artículos 133, 134 y 135 tendrá derecho a hacer asistido por un defensor nombrado por él.

El defensor podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido."

Al igual que el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, el numeral 150 del Código Adjetivo Penal de Nuevo León, nos remite a otros numerales de la misma Ley, cuya concatenación me permite establecer la

posibilidad de que el testigo pueda ser asistido por un abogado durante su deposición. Esto último se obtiene de relacionar los artículos 133, 134 y 135 del citado Ordenamiento Legal Local⁸¹, que establecen lo siguiente:

ART. 133.- Inmediatamente que el Ministerio Público o los funcionarios encargados de practicar las diligencias de la Policía Judicial, tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, o destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas, objeto o efectos del mismo; *indagar qué personas fueron testigos*; evitar que el delito se siga cometiendo y en general impedir que se dificulte la averiguación.

Tratándose de delitos que se persiguen por querrela se observará en lo conducente lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando aquélla se presente.

El Ministerio Público y la Policía Judicial guardarán sigilo de las averiguaciones previas que conozcan, a fin de no entorpecer las mismas.

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Las detenciones que realice el Ministerio Público conforme a la fracción

Cabe precisar que el artículo 150 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, también emplea el concepto de “toda persona”; es decir, no lo ciñe a un sujeto en específico, como podría ser el indiciado, lo que me permite afirmar que dado los términos tan amplios en que se encuentra redactado, el testigo también puede invocar ese derecho, puesto que es una de las personas que se mencionan en el diverso numeral 133 del citado Código.

También es pertinente señalar que a diferencia del artículo 127 bis, del Código Federal del Procedimientos Penales, el precepto 150 del de Procedimientos Penales de Nuevo León, establece el vocablo de “defensor” y no el de “abogado”, lo que en un momento dado pudiera pensarse que el contenido de la norma en comentario se refiere únicamente al indiciado porque es al que se la relaciona con el derecho de

⁸⁰ Código Penal y Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León 7ª Ed. Lazcano Garza Editores, México, 2003. 167 p.

⁸¹ *Ibidem*. 161-163 ps.

defensa de acuerdo con lo establecido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Carta Magna.

Sin embargo, no puedo dejar de tomar en cuenta que igualmente prevé el supuesto de *“Toda persona que haya de rendir declaración en los casos de los artículos 133, 134 y 135 tendrá derecho a hacer asistido por un defensor nombrado por él ...”*; es decir, no lo constriñe a un individuo sino que el concepto de “Toda persona”, es amplio; y si consideramos que en el artículo 133, se impone al Ministerio Público indagar qué personas fueron testigos, cuyo resultado tendrá como consecuencia que declaren ante la citada autoridad investigadora, es evidente que éstos entran en el supuesto jurídico de que se trata, por lo que en mi criterio, en el Estado de Nuevo León, también es factible que el testigo nombre a un profesional de derecho para que lo asista en su declaración en la fase de averiguación previa, de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

Ahora bien, en mi opinión, el hecho de que se refiera al defensor no perjudica la interpretación anterior, porque como lo hemos venido argumentando, el derecho del testigo a ser asistido por un abogado, también participa del derecho general de defensa, para proteger precisamente que en el momento en que reconozca hechos propios que le perjudiquen o el Representante Social lo pretenda interrogar sobre la probable participación en el delito, en ese momento pasa de testigo a inculpado y por lo mismo queda protegido por las garantías de no auto-incriminación y defensa, establecidas en las fracciones II y IX, del artículo 20, constitucional; siendo por lo tanto lógico que pueda abstenerse de seguir declarando por instrucciones de su defensor designado desde el inicio de su declaración cuando todavía tenía el carácter de testigo.

4.- En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila.

La asistencia jurídica del testigo en la averiguación previa está contemplada de una manera clara en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila, en su capítulo X, denominado "Medidas en Testimonios"⁸².

Debo decir que esta Ley es novedosa en cuanto a que le dedica un apartado especial al testigo respecto a su testimonio en el período de indagaciones; y así por ejemplo, delimita perfectamente las obligaciones y derechos que tienen dichos sujetos frente a la autoridad investigadora y los límites de actuación de esta última en lo que a dicho punto se refiere; pero lo que resalta sobre todo ello, es la diáfana redacción de los diversos artículos que lo componen y que no dejan lugar a duda de que el testigo tiene derecho a la asistencia de un abogado en su declaración.

En efecto, a diferencia del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, que es el motivo de estudio de esta investigación, en el que se requiere acudir al contenido de los diversos 123, 124 y 125 del mismo Ordenamiento Legal, para explicar el derecho a la asistencia legal del testigo en la averiguación previa; en el capítulo X, del Código de Procedimientos Penales de Coahuila, no se requiere de ese sistema de interpretación porque sus preceptos son precisos y determinantes en establecer ese derecho, tal como lo veremos a continuación.

La facultad del testigo a ser asistido por un abogado en su testimonio, lo establece el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales del Estado Coahuila⁸³, en los siguientes términos:

⁸² *Código Penal y Procedimientos Penales del Estado de Coahuila* Publicado en el Periódico Oficial número 42 del 25 de mayo de 1999. Editado por el Gobierno del Estado de Coahuila, 108 y 109 ps.

“ARTÍCULO 247. DERECHOS DE PERSONAS QUE SE CITEN COMO TESTIGOS DENTRO DE LAS AVERIGUACIONES. La persona que sea objeto de cita como testigo, tendrá derecho de asistirse con abogado que nombre; así como de conocer el motivo por el que se le toma su declaración. Estos derechos serán potestativos. Pero el Ministerio Público se los dará a conocer en el citatorio. Igual derecho tendrá el servidor público que se le cite como testigo.

Me parece importante segmentar el contenido del numeral en comentario para una mejor comprensión de su alcance; por lo que me permito hacerlo de la siguiente manera:

a).- “La persona que sea objeto de cita como testigo”. Esta frase no deja lugar duda de que la norma se refiere única y exclusivamente a la persona del testigo en su comparecencia ante el Ministerio Público, a diferencia del artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, que utiliza los vocablos “Toda persona”; es decir, en un sentido más amplio; y que desde luego, requiere comprobar que este último concepto también abarca a los testigos, mediante la necesaria concatenación de los artículos 123, 124 y 125 de la citada Ley Adjetiva.

Asimismo, de esta expresión se desprende “*que sea objeto de cita*”, lo que [®] pudiera entenderse que solamente bajo esa circunstancia, el testigo tiene derecho a ser asistido por un abogado en su declaración y no cuando acude voluntariamente; lo cual, me parece que no fue la intención del legislador coahuilense, pues en el artículo 245⁸⁴, inmerso en el mismo apartado, establece el supuesto de los testigos que se presentan ante el Ministerio Público, obviamente sin cita de por medio, con la única condición de que efectivamente reúnan el carácter de testigos. Dicho dispositivo legal dice:

⁸³ Ibidem, 108 p.

⁸⁴ Ibidem, 108 p.

“ARTÍCULO 245. TESTIMONIOS DENTRO DE LAS AVERIGUACIONES. El Ministerio Público citará a testificar a toda persona que pueda constarle el hecho delictivo o circunstancias con relación al mismo. También tomará testimonio a las personas que se presenten, si de su dicho se desprende su carácter de testigos.”

Así las cosas, la misma Ley en estudio resuelve, que el derecho de asistencia legal es en ambos casos; o sea, cuando son citados por el Representante Social o cuando acuden voluntariamente ante este último.

b).- “tendrá derecho de asistirse con abogado que nombre”.- Esta es la máxima que demuestra el derecho del testigo a ser asistido por un profesional del derecho durante su declaración y que en su caso lo deberá nombrar él al momento de que inicia la diligencia.

En este punto es necesario preguntarse si será obligación del Ministerio Público nombrarle a un defensor oficial en caso de que el testigo decida no designar a uno de su intención; sin embargo, ello será motivo de análisis en capítulo subsecuente. Vid. *Infra* p. 294.

c).- “así como de conocer el motivo por el que se le toma su declaración.” En[®] mi opinión, este es un derecho fundamental del testigo porque al ser enterado del motivo por el que se le toma su declaración le permite conocer cuál es la causa por la que se le atribuye la calidad del testigo, y ello es importante, porque debe recordarse que tales sujetos pueden incurrir en la comisión de delito derivada precisamente de su status de testigo, dada la obligación que tienen de manifestar al órgano de investigación lo que saben acerca de los hechos delictuosos que en ese momento se están indagando.

Conviene señalar que en el citado capítulo X, del Código de Procedimientos Penales de Coahuila⁸⁵, se establecen las obligaciones que tiene el testigo en la averiguación previa y lo prevé así:

“ARTÍCULO 246. OBLIGACIONES DE PERSONAS QUE SE CITEN COMO TESTIGOS DENTRO DE LAS AVERIGUACIONES. Durante la averiguación previa, toda persona que el Ministerio Público cite como testigo; o con motivo de aquélla comparezca ante él; tendrá la obligación de acudir, declarar y responder con verdad a las preguntas que éste le haga.

Igual obligación habrá para el servidor público: Cuando el Ministerio Público le pida declaración por oficio o en forma legal acuda ante él ”

En esa tesitura, resulta lógico que si el testigo tiene la obligación de declarar igualmente tiene un derecho correlativo de saber el motivo por el cual tiene que hacerlo.

En mi opinión, el motivo de su comparecencia radica en darle a conocer la fuente que revela su condición de testigo; y así por ejemplo, tendría que informársele qué persona mencionó su nombre o si su conocimiento de los sucesos delictivos se desprende del texto de la denuncia a consideración del Ministerio Público, o en su caso, de la evidencia recabada en el lugar de los hechos, o de los informes de la Policía, etc; porque esos son datos que le generan la obligación de declarar y lo ligan a las consecuencias inherentes a ese carácter.

Además también le permite conocer cuál es su situación procesal frente a la autoridad investigadora; es decir, si está exento de la obligación de declarar, como lo sería en el caso de estar ligado con el inculpado por lazos de parentesco, amor, amistad, respeto, gratitud; etc.; o bien, abstenerse de responder alguna interrogante que lo pudiera incriminar, en cuyo caso, tendría que exponer que lo hace amparado en el derecho que le otorga la fracción II, del artículo 20 Constitucional, y para ello

⁸⁵ *Ibidem*, 108 p.

basta señalar el diverso 248 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila⁸⁶, que dice:

“ARTÍCULO 248. DECLARACIONES DE PERSONAS QUE SE CITEN COMO TESTIGOS DENTROS DE LA AVERIGUACIONES. Se formularán preguntas al testigo directamente. Siempre se asentará la pregunta y enseguida la respuesta. El abogado podrá objetar las preguntas que se hagan al declarante cuando sean inconducentes o contra derecho. Pero no podrá dar, ni inducir las respuestas del declarante. Si la objeción se califica improcedente, el declarante tendrá obligación de responder.

Si la persona que se citó se niega a testificar, u omite o niega responder a preguntas que se le hagan antes, durante o después de su testimonio: Se le prevendrá que tal conducta se sanciona penalmente como desacato. Si persiste en su actitud, el Ministerio Público procederá en consecuencia. *A menos que se acoja a su derecho de no declarar por considerar que al hacerlo se incriminaria penalmente. Lo cual se hará constar.*

Estas disposiciones también se aplicarán por el juzgador en el proceso.”

La parte final del segundo párrafo, del artículo citado, no deja lugar a duda, en el sentido de que es factible que el testigo en el desarrollo de su declaración pueda ser considerado participe de los actos antijurídicos, lo que lo convierte en ese momento en indiciado y por ese sólo hecho tiene derecho a invocar las garantías individuales relativas a esa situación, como lo serían las que establece el artículo 20, fracciones II y IX, para abstenerse de responder a la pregunta del Ministerio Público y por supuesto de solicitar que el abogado que en ese momento lo asiste pase a ser su defensor quien debido a ese cambio puede recomendar a su defendido se abstenga de declarar lo que vaya encaminado a incriminarlo, pues sólo en este caso está en aptitud de hacerlo dado que su cliente está siendo considerado inculcado, pues recuérdese que mientras se le pregunte como testigo, no puede dar, ni inducir la respuesta de su asistido, tal y como lo dispone el primer párrafo del artículo 240 del Código de Procedimientos Penales, cuando establece:

⁸⁶ *Ibidem*, 108-109 ps.

“Se formularán preguntas al testigo directamente. Siempre se asentará la pregunta y enseguida la respuesta. El abogado podrá objetar las preguntas que se hagan al declarante cuando sean inconducentes o contra derecho. Pero no podrá dar, ni inducir las respuestas del declarante. Si la objeción se califica improcedente, el declarante tendrá obligación de responder.”

En otras palabras, cuando la autoridad investigadora lo interroga sobre lo que vio, escucho o sabe acerca del delito, en este caso, el abogado no puede intervenir con relación a las respuestas del declarante porque el testigo está obligado a informar su conocimiento del hecho, y sólo podrá objetar la pregunta cuando la considere inconducente o contra derecho, conceptos que serán motivo de análisis en el capítulo XIII, Vid Infra ps. 247-250.

Diversa situación se presenta cuando el Ministerio Público le hace preguntas sobre hechos propios que lo pudieran incriminar porque en ese momento queda amparado por las garantías que establece nuestra Constitución (artículo 20) para las personas a quienes se les considera indiciados, y en ese supuesto, está en aptitud de abstenerse de responder ese tipo de interrogantes, ya sea por decisión propia o por consejo de su defensor; es decir, en ese caso, el abogado puede influir en la respuesta de su defendido basado en una causa justificada, a fin de evitar que su defendido se auto-incrimine.

d).- *“Estos derechos serán potestativos.”* Otra de las precisiones que hace el artículo 247 del la Ley en estudio, es la referente a que el derecho a asistirse por un abogado y conocer el motivo de su declaración son potestativos.

Potestativo significa: “Que está en la facultad de uno”; por lo tanto, debe entenderse que en el procedimiento penal del Estado de Coahuila, el derecho de nombrar a un abogado para que lo asista depende única y exclusivamente del testigo, lo que me permite establecer que el legislador relevo a la autoridad investigadora de hacer tal designación, en caso de que (el testigo) manifieste su

deseo de no hacerlo; lo que significa que no necesariamente siempre se contara con la presencia de un experto en leyes porque ello depende de que el testigo quiera nombrarlo.

En lo que no estoy de acuerdo es en relación a que también será potestativo el derecho a conocer el motivo por el cual se le toma su declaración, porque no depende del testigo sino del Representante Social, quien es el que conoce cuál es la fuente que le otorga tal carácter a la persona que se pretende declare respecto a los hechos presuntamente delictuosos.

e).- “Pero el Ministerio Público se los dará a conocer en el citatorio.” Esta expresión trae como consecuencia la obligación del Fiscal de señalar en el propio citatorio, el derecho que tiene de acudir acompañado de un abogado e indicar el motivo por el que se le cita, que en mi criterio, como ya lo dije antes en el inciso c), Vid Supra p. 82, consiste en hacerle saber la fuente que revela su condición de testigo.

f).- “Igual derecho tendrá el servidor público que se le cite como testigo.” Esto no requiere de mayores explicaciones y lo único que se debe puntualizar es el hecho de que en este caso el testigo tiene un atributo que consiste en ser servidor público, quien goza de iguales derechos de una persona que no lo sea.

Analizado de esta manera el artículo 247 del Código de Procedimientos Penales de Coahuila, me lleva a la conclusión de que el derecho del testigo a la asistencia legal en la fase de averiguación previa tiene sustento en la realidad; y que además, persigue una finalidad la de proteger la condición de testigo; es decir, a que sea interrogado en forma congruente con tal carácter; y el hecho de que esté presente el abogado desde el inicio de la diligencia, le otorga seguridad jurídica al declarante de que si en un momento dado se le pretendiera incriminar ser

aconsejado por aquel respecto a sus derechos fundamentales, pero con la calidad de indiciado.

Otro aspecto que me llama la atención es que el artículo 240 de la Ley en estudio, no permite al Representante Social tomar la declaración a su arbitrio, sino que establece la forma en que lo debe hacer a través del interrogatorio que éste deberá formular al testigo, lo que me parece correcto y legal, dado que ello le otorga seguridad jurídica al declarante, ya que no se lo podrá imputar que omitió datos en su testimonio, pues si esto sucediera ello no sería ilícito, en virtud de que la función de interrogar corresponde al Ministerio Público y si falta alguna información es debido a que no interrogó lo suficiente al testigo.

Vuelvo a reiterar es importante que sea la autoridad investigadora quien interroge al testigo, pues si se le dejará opción de que este último relatara los hechos sin interrogatorio de por medio; es decir, en base a lo que en ese momento recuerda, bien pudiera –sin dolo alguno- omitir algún dato, que posteriormente le podría provocar la consecuencia de ser acusado del delito de perjurio o falsedad en declaraciones que establece el artículo 237, fracción II, del Código Penal del Estado de Coahuila⁸⁷, por omisión de información, lo que sería gravemente injusto.

6.- En los criterios del Poder Judicial de la Federación de México.

En los precedentes del Poder Judicial de la Federación, encontré una tesis que se relaciona con el tema a tratar, dado que en ella se hace una interpretación del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

“DECLARACION MINISTERIAL. NO ES REQUISITO QUE LA PERSONA QUE ASISTA AL INDICIADO SEA ABOGADO. Una correcta interpretación del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos

⁸⁷ Código Penal de Coahuila. Publicado en el Periódico Oficial número 43, de fecha 28 de mayo de 1999. Editado por el Gobierno del Estado de Coahuila. 121 p.

Penales, lleva a considerar que no necesariamente debe ser un abogado la persona que asista al indiciado al emitir su declaración ministerial, cuenta habida que la fracción II, inciso B, del artículo 128 y la fracción II del artículo 287, ambos del código antes mencionado, establecen, como uno de sus requisitos, para que una declaración tenga el carácter de confesión, que deba ser rendida ante el defensor o persona de su confianza.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 294/92. Gonzalo Malfavón Barrón. 10 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José R. Cuevas Zavala. Secretario: Gregorio Moisés Durán Álvarez.⁸⁸

Como se ve, en la tesis transcrita la interpretación que se hace del artículo 127 bis, en comentario es solamente en relación al indiciado y para darle validez jurídica a una confesión emitida por éste, en términos de lo que disponen la fracción III, inciso B, del artículo 128 y la fracción II, del diverso 287, del Código Adjetivo Federal⁸⁹, para cuyo caso, -según se entiende- no es necesario que la persona que asista al declarante sea abogado, ya que las disposiciones legales mencionadas también prevén la posibilidad de que sea una persona de su confianza.

No estoy de acuerdo con la interpretación que hacen los Magistrados del Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, en el caso resuelto por unanimidad de votos, en el Amparo Directo 294/92, promovido por Gonzalo Malfavón Barrón, el 10 de septiembre de 1992, respecto al contenido del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, porque en primer lugar, este dispositivo legal no sólo se refiere a la persona del indiciado, pues como lo he venido diciendo a lo largo de este trabajo, el concepto de "Toda persona" elimina por completo la posibilidad de que el derecho a ser asistido por un abogado en la declaración, sea exclusivo del inculcado, pues en mi opinión, también lo es de los testigos, lo que se deduce de una concatenación lógica de los diversos 123, 124 y 125 de la citada Ley Adjetiva, tal y como se expuso en el capítulo III, Vid Supra p. 38.

⁸⁸ Semanario Judicial de la Federación. Primer Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, Octava Época, Tomo XI, enero de 1993, p. 244. Disco Compacto IUS 2001 número 1, Ed. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, número de registro 217,521.

⁸⁹ Op. cit. 259-260 ps.

Así las cosas, en mi concepto, la persona que asista al declarante (indiciado o testigo) debe ser un experto en leyes tal y como lo dispone el propio artículo 127 bis, ya que debe tomarse en cuenta que solamente un abogado podría hacer una eficaz asistencia respecto a la objeción de preguntas; es decir, para realizar esta función se debe tener la capacidad para discernir cuando una interrogante es inconducente o contra derecho, lo que difícilmente podría lograrse con una persona que no fuera un profesional del derecho, lo que provocaría un grave riesgo a la situación jurídica del deponente.

En otras palabras, el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, establece condiciones de técnica jurídica que sólo un abogado tendría la facultad de lograr que se llevara a cabo una adecuada asistencia del declarante.

Es por eso que sostengo que el artículo en análisis protege también a los testigos –lo que obviamente en este momento está sujeto a demostración– porque debido a la asistencia jurídica que prevé, éstos tienen la seguridad legal de que su condición será respetada y sólo serán interrogados mediante preguntas conducentes relacionadas únicamente con lo que saben acerca del hecho delictuoso, y esto le establece un límite a la autoridad investigadora.

Además, si en un momento dado el abogado advierte que su asistido pudiera incriminarse con su respuesta, sería parte de su función recomendarle que se abstenga de contestarla con fundamento en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República. Es por lo anterior que no coincido con el texto de la tesis citada.

VI.- LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO EN EL DERECHO COMPARADO.

1.- En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España.

En la conferencia dada por David Vallespín Pérez, en el XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Mexicano de Derecho Procesal de la Universidad Nacional Autónoma de México, trató el tema "Las garantías Constitucionales en el Derecho Penal Español" y dentro de este tópico se refirió a los derechos "a no declarar contra sí mismo" y "a no confesarse culpable"⁹⁰ que pueden ser invocados tanto por el acusado como por el testigo, y lo cita de la siguiente manera:

"LOS DERECHOS " A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO" Y "A NO CONFESARSE CULPABLE".- Tal y como ha tenido ocasión de establecer el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 1990, el derecho a no declarar contra sí mismo, nemo se detegere, **forma parte integrante del artículo 24.2. CE, siendo predicable tanto del acusado (artículo 392, LECRIM) como de los testigos (artículo 418, LECRIM).**"

Los comentarios del mencionado relator están basados en la sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 9 de mayo de 1990, en la que se interpretó que el derecho a no declarar contra sí mismo, también es aplicable para los testigos, según lo establecido en el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español.

Por su parte, el autor Manuel Miranda Estrampes⁹¹ hace una relación de la excepciones a la obligación de testificar en el proceso penal español; entre las cuales, señala la que se establece en el mencionado artículo 418 de la LECrim, que se actualiza cuando la declaración pueda perjudicar al declarante o a un pariente próximo.

⁹⁰ XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal Penal. UNAM, Mexico, 1998. 577 P.

⁹¹ Manuel Miranda Estrampes. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal*. José M^a. Bosch Editor, Barcelona, España, 1999. 39-40 ps.

“En relación a la prueba testifical nuestra LECrim recoge una serie de excepciones a la obligación general de testificar en el proceso penal (art. 410 LECrim). Tales excepciones se basan en los siguientes criterios: a) por la propia calidad de testigo (art. 411 LECrim), b) por su parentesco con el inculpado (art. 416.1, y 707 LECrim), c) por su profesión: sacerdotes (art. 417.1 LECrim), abogados (art. 416.2 LECrim, 437.2 L.O.P.J y 41.1 Estatuto General de la Abogacía), procuradores (art. 438.2 L.O.P.J, y 14.15 Estatuto de los Procuradores), miembros del Ministerio Fiscal (art. 50 E.O.M.F.), jueces y magistrados (art. 396 L.O.P.J.), *así como una exención general de la obligación de testificar cuando la declaración pueda perjudicar al declarante o a un pariente próximo (art. 418 LECrim).*”

El artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del España⁹², se encuentra ubicado en su capítulo V, denominado “De las declaraciones de los testigos”, y está redactado de la siguiente manera:

“Art. 418.- Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de sus parientes a que se refiere el artículo 416.

Se exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.”

De acuerdo con las opiniones de los autores David Vallespín Pérez y Manuel Miranda Estrampes, resulta claro que el texto de la disposición legal citada protege el derecho del testigo a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, lo que se deduce al establecer *“Ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de sus parientes a que se refiere el artículo 416.”*, aunque ese derecho no podrá ser invocado por el testigo cuando se trate de delito grave en contra de la seguridad del Estado, de la tranquilidad pública o de la persona del Rey o de su sucesor, en cuyo caso,

⁹² Ley de Enjuiciamiento Criminal. España, 2001, 12 p. Fuente: Internet www.juridicas.com/base_datos/Penal/lecrhtm/

interpretado a contrario sensu, tiene la obligación de contestar todas las preguntas que se le hagan:

Ahora bien, considero que el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, se relaciona con el tema a tratar porque precisamente el no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, es uno de los derechos que protege la asistencia legal al testigo desde el punto de vista del derecho procesal penal mexicano, específicamente lo que dispone el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando establece que el abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho, lo que en mi opinión, un cuestionamiento inconducente o contra derecho sería aquel que sea tendente a incriminar al deponente, en cuyo supuesto, éste tendría la facultad de abstenerse a contestarlo amparado en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, porque de hacerlo podría resultar perjudicado en su persona, y el Ministerio Público en este caso no podría obligarlo a que diera respuesta.

2.- En el Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela.

En el derecho procesal penal de Venezuela, encontré un artículo de similar redacción a nuestro artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, que resulta ser el 10 del Código Orgánico Procesal Penal de aquel País, el cual se encuentra ubicado en el Título Preliminar "Principios y Garantías Procesales"⁹³, que dice:

"Artículo 10.- Respeto a la dignidad humana. En el proceso penal toda persona deberá ser tratada con el debido respeto a la dignidad inherente al ser humano, con protección de los derechos que de ella derivan, y podrá exigir a la autoridad que le requiera su comparecencia el derecho a estar acompañada de un abogado de su confianza.

⁹³ Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela. Publicado el 2 de octubre de 2001. Fuente: Internet comunidad.vlex.com/pautin/copp.htm/

El abogado requerido, en esta circunstancia, **sólo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º.**"

Como se ve, este precepto prevé del derecho del declarante a estar acompañado de un abogado de su confianza y que éste sólo podrá intervenir para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º.

Ahora bien, es factible decir que ese derecho puede ser invocado por el testigo porque el mismo dispositivo legal utiliza la expresión "*toda persona*"; es decir, no lo ciñe a un sujeto específico de la relación procesal como lo sería el inculpado, sino que lo establece en una connotación amplia que me permite estimar que un testigo también es titular del derecho a ser asistido por un abogado en el procedimiento penal venezolano.

También es importante señalar, que el artículo en comentario, de inicio señala "*Respeto a la dignidad humana*" y "*respeto a la dignidad inherente al ser humano*", lo que quiere decir, que la ratio legis de la norma tiene un alto contenido del concepto de derechos humanos y que el legislador venezolano en todo momento consideró que el derecho de toda persona a ser asistida por un abogado de su confianza en su comparecencia ante la autoridad, es inherente al ser humano.

Esto último también es un punto de similitud con el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, pues como lo manifestamos en capítulos anteriores, dicho numeral participa de la naturaleza de los derechos humanos. Vid Supra p. 72.

El artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela, establece en su último párrafo, que la intervención del abogado sólo será para garantizar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 1º, que a la letra dice:

“Artículo 1º. Juicio previo y debido proceso. Nadie podrá ser condenado sin un juicio previo, oral y público, sin dilaciones indebidas, ante un juez imparcial, conforme a las disposiciones de este Código y con salvaguarda de todos los derechos y garantías del debido proceso, consagrados en la Constitución de la República, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República.”

Me parece un punto interesante el que prevé el citado artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de aquel País, porque en mi opinión acertadamente considera al abogado como el garante de que se cumplan las disposiciones constitucionales, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, a que se refiere el diverso 1º, del mismo Ordenamiento Legal, con relación al declarante.

Esto me da la idea de una propuesta de reforma al artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales de México, pues considero que se debería de incluir que la intervención del abogado es para impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho; y además, para garantizar se cumpla con las garantías individuales que establece la Constitución, así como con las disposiciones de los tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado de la República y con las leyes emanadas del Congreso de la Unión, en base al Principio de Supremacía Constitucional, previsto en el artículo 133 de la Carta Magna; ya que ello permitiría una eficaz y adecuada asistencia legal a toda persona que tenga que rendir declaración dentro del procedimiento de averiguación previa.

3.- En el Código Procesal Penal de la Nación de Argentina.

El artículo 79 del Código de Procedimientos Penales de Argentina⁹⁴, que se ubica en el capítulo III, denominado “Derechos de la víctima y el testigo”, establece

⁹⁴ Código Procesal Penal de la Nación de Argentina Fuente: Internet comunidad.derecho.org/neoforum/CPP Prov/

diversos derechos del testigo que deberán ser observados desde el inicio del proceso hasta su finalización, y lo dispone de la siguiente manera:

"Art. 79.- Desde el inicio de un proceso penal hasta su finalización, el Estado nacional garantizará a las víctimas de un delito y a los testigos convocados a la causa por un órgano judicial el pleno respeto a los siguientes derechos:

a).- A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes;

b).- Al sufragio de los gastos de traslado al lugar donde la autoridad competente designe;

c).- A la protección de la integridad física y moral, inclusive de su familia.

d).- A ser informado sobre los resultados del acto procesal en el que se ha participado.

e).- Cuando se tratare de persona mayor de setenta (70) años, mujer embarazada o enfermo grave a cumplir el acto procesal en el lugar de su residencia; tal circunstancia deberá ser comunicada a la autoridad competente con la debida anticipación."

Me llama la atención de que el Código en estudio le otorga relevancia específica a la situación procesal del testigo desde el inicio hasta la finalización del procedimiento, de lo que destaca por estar relacionado con el tema que se investiga, el inciso a), que se refiere a recibir un trato digno y respetuoso, lo que significa que al igual que el artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, posee principios relacionados con los derechos humanos, por contener aspectos inherentes al ser humano; y que de acuerdo con nuestra opinión, es uno de los objetivos que protege la asistencia legal al testigo desde el punto de vista del derecho procesal mexicano.

Por su parte, el artículo 81 del Código de Procedimientos Penales de Argentina, establece:

"Art. 81.- Los derechos reconocidos en este capítulo deberán ser enunciados por el órgano judicial competente, al momento de practicar la primera citación de la víctima o del testigo."

Este numeral le impone una obligación a la autoridad de dar a conocer al testigo desde la primera citación todos y cada uno de los derechos reconocidos en el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales Argentino.

En México no existe alguna ley procesal que enumere todos y cada uno de los derechos del testigo dentro del procedimiento penal, en una sola disposición legal; pero ello no quiere decir, que no existan, sino más bien éstos se encuentran disgregados en los diversos artículos de los Códigos de Procedimientos Penales tanto federales como locales. Vid Infra p. 168.

En nuestro país el Ministerio Público sólo está obligado a hacer saber al testigo quién fue la persona que lo mencionó o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación, según lo establece el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Sin embargo, no contamos con un artículo como el 81 del Código de Procedimientos Penales de Argentina, en el que se ordene se le haga saber al testigo cuales son sus derechos y garantías procesales al momento de rendir su declaración, lo que me hace pensar también en una propuesta de reforma al artículo 125 del CFPP, en el sentido de que el Representante Social deberá informar en el citatorio los derechos con los que cuenta la persona que ha sido citada para declarar.

4.- El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales de México.

Ya hemos explicado porque consideramos que el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales⁹⁵, establece el derecho del testigo a ser asistido por un abogado en su declaración, en diversos capítulos de este trabajo.

Ahora bien, desde el punto de vista del derecho comparado, podemos decir, que una de la finalidades del mencionado numeral guarda similitud con el artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, en cuanto a que este último exime al testigo de responder una pregunta que le pudiera perjudicar a su persona y que esta facultad está relacionada con el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

En efecto, como lo hemos venido diciendo a lo largo de este estudio, el artículo 127 bis, del Código de Procedimientos Penales de México, prevé el supuesto de que el abogado que asista al declarante está en aptitud de impugnar las preguntas que sean inconducentes o contra derecho; lo que en mi opinión, esto constituye un punto de referencia con el 418 de LECrim de España, pues al igual que en esta última, considero que el primero de los preceptos legales citados protege el derecho del deponente a no auto-incriminarse, pudiendo hacer uso del derecho que le concede la fracción II, del Artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, por la razón de que al ser interrogado sobre una probable participación delictiva, en ese momento pasa de ser testigo a inculpado, y en ese caso, queda amparado por las garantías establecidas para estas personas, en la referida norma constitucional mexicana; lo que será motivo de análisis en capítulo subsecuente. Vid. ⁹⁵ *Infra p. 281.*

Además como lo dije en el inciso 2, tiene un alto contenido de los derechos humanos, de lo que también participa el artículo 127 bis, del Código Adjetivo Federal.

El artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, guarda una gran similitud con el contenido del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales de México, al establecer el concepto de “toda persona”, lo que implica considerar que estos dos preceptos no se constriñen a un sujeto en

⁹⁵ Op. cit. 212-213 ps.

específico, como lo sería el indiciado sino que va más allá; y en mi criterio, abarca a los testigos.

Otro aspecto que permite un punto de comparación con el derecho procesal penal venezolano, es obviamente la presencia de un abogado en la declaración de toda persona que tenga obligación de hacerlo; y en ambos casos, el profesional del derecho tiene intervención, pues en la norma mexicana interviene cuando considera que una pregunta es inconducente o contra derecho, pero no podrá inducir la respuesta de su asistido; mientras que en la de Venezuela participa para garantizar se cumpla con los derechos establecidos en la Constitución, las leyes y los tratados, de acuerdo con lo que dispone el artículo 1º del citado Ordenamiento Legal.

Respecto al Código de Procedimientos Penales de Argentina, considero que el hecho de establecer en su artículo 79, los derechos de los que goza el testigo al rendir declaración es razón suficiente para considerar que los legisladores de otros países se han preocupado por la situación procesal del testigo frente a la autoridad, y como en este caso, le han dedicado apartados especiales dentro de la ley para clarificar su aplicación.

En este sentido, pienso que la asistencia legal al testigo no sólo se ciñe a la objeción de preguntas inconducentes o contra derecho, sino que también es posible considerarla para que el abogado garantice que cumpla con las garantías individuales que establece la Carta Magna; así como todos y cada uno de los derechos que tiene el testigo durante su declaración y que se encuentran disgregados por todo el articulado del Código Federal de Procedimientos Penales, los cuales se verán en forma específica en el capítulo X, de esta investigación. Vid. *Infra* p. 168.

Igualmente el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales de Argentina tiene aspectos de derechos humanos, al establecer en el inciso a), el derecho a

recibir un trato digno y respetuoso, que como hemos visto es inherente a toda persona por el solo hecho de serlo; de lo que también participa el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales.

5.- El artículo 150 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.

En el Estado de Nuevo León, México, la asistencia legal al testigo se encuentra inmersa en el texto de su artículo 150 del Código de Procedimientos Penales⁹⁶, tal y como lo vimos en el capítulo V, inciso 3, Vid. Supra p. 77.

Dicho numeral está redactado de la siguiente forma:

“ART. 150.- Se asentarán en el acta a que se refiere el artículo anterior, todas las observaciones que acerca del presente responsable y la víctima se hubieran recibido, ya sea en el momento de cometer el delito o de su detención, o bien durante la práctica de las diligencias en que se hubiere intervenido.

El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezca tengan datos sobre los mismos.

En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

Toda persona que haya de rendir declaración en los casos de los artículos 133, 134 y 135 tendrá derecho a hacerlo asistido por un defensor nombrado por él.

El defensor podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.”

El punto de comparación respecto al artículo 418 de la LECrim española, sigue siendo la posibilidad de que el declarante se abstenga de contestar una pregunta que lo pudiera perjudicar, lo que en el Estado de Nuevo León, se hace por conducto del defensor que es el vocablo que utiliza el artículo 150 del Código

Adjetivo Penal Local, quien está en aptitud de impugnar las preguntas que sean inconducentes o contra derecho, entre las que desde luego, se encuentra –según mi punto de vista- las que tiendan a incriminarlo, porque en ese momento queda protegido por las garantías contempladas para los acusados; y en consecuencia, puede no responder fundado en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República y 19, fracción II, de la Política del Estado.

También podemos decir, que el artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela es de similar contenido con el artículo 150 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, al dejar perfectamente establecido el concepto de “toda persona” y la posibilidad real de que sea acompañada por un abogado en su declaración.

6.- Los artículos 247 y 248 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila.

La claridad con la que están redactados los artículos 240 y 247 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, México⁹⁷, no deja lugar a duda sobre el derecho del testigo a la asistencia jurídica en su testimonio. Vid. Supra p. 80.

“ARTÍCULO 247. DERECHOS DE PERSONAS QUE SE CITEN COMO TESTIGOS DENTRO DE LAS AVERIGUACIONES. *La persona que sea objeto de cita como testigo, tendrá derecho de asistirse con abogado que nombre; así como de conocer el motivo por el que se le toma su declaración. Estos derechos serán potestativos.* Pero el Ministerio Público se los dará a conocer en el citatorio. Igual derecho tendrá el servidor público que se le cite como testigo.”

“ARTÍCULO 248. DECLARACIONES DE PERSONAS QUE SE CITEN COMO TESTIGOS DENTRO DE LAS AVERIGUACIONES. Se formularán preguntas al testigo directamente. Siempre se asentará la pregunta y enseguida la respuesta. *El abogado podrá objetar las preguntas que se*

⁹⁶ Op. cit. 167-168 ps.

⁹⁷ Op. cit. 108-109 ps.

hagan al declarante cuando sean inconducentes o contra derecho. Pero no podrá dar, ni inducir las respuestas del declarante. Si la objeción se califica improcedente, el declarante tendrá obligación de responder.

Si la persona que se citó se niega a testificar, u omite o niega responder a preguntas que se le hagan antes, durante o después de su testimonio; Se le prevendrá que tal conducta se sanciona penalmente como desacato. Si persiste en su actitud, el Ministerio Público procederá en consecuencia. ***A menos que se acoja a su derecho de no declarar por considerar que al hacerlo se incriminaría penalmente. Lo cual se hará constar.***

Estas disposiciones también se aplicarán por el juzgador en el proceso.”

Ahora bien, encontramos más puntos de comparación de estas últimas disposiciones legales con el artículo 418 de la LECrim española; y uno de ellos, es el que se deduce respecto a la forma en que habrá de tomarse la declaración al testigo, esto es, a través del interrogatorio directo de la autoridad, al establecer la pregunta como medio para lograr tal fin. Además de establecer la legal abstención de responder a un cuestionamiento que lo pudiera perjudicar, que como ya vimos también en este capítulo VI, inciso 1, está relacionado con el derecho a no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable; supuesto que también encontramos en la parte final del penúltimo párrafo, del artículo 240 del Código de Procedimientos Penales de Coahuila, cuando dice: ***“A menos que se acoja a su derecho de no declarar por considerar que al hacerlo se incriminaría penalmente. Lo cual se hará constar.”***

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Esto último pone de manifiesto que uno de los objetivos de la asistencia jurídica del deponente (testigo), es precisamente contar con la presencia del abogado para garantizar que al testigo se le respete su derecho a no incriminarse y se le dé la posibilidad de ejercer el contenido de la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución.

Asimismo, es conveniente mencionar que tales artículos son derechos perfectamente definidos en cuanto a que específicamente se refieren como del testigo al rendir su declaración.

Con relación al artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, es clara su similitud con lo establecido en los diversos 240 y 247 del Código de Procedimientos Penales de Coahuila, México, sobretodo en cuanto a la presencia de un experto en leyes en la declaración del testigo y su diáfana intervención en la misma.

La Ley Procesal Penal Argentina al igual que la del Estado de Coahuila, contempla un apartado especial para la situación procesal del testigo, pues basta ver que en la primera, el capítulo III, se refiere a los “Derechos de la víctima y el testigo”; y en la segunda, su capítulo X, lo denomina “Medidas en Testimonios”.

Como es de verse, en tales apartados se establecen expresamente derechos del testigo, lo que deja atrás la idea obsoleta de que dicho sujeto carece de la más mínima de las consideraciones y de que sólo está obligado a declarar.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



VII.- FUENTES DE INFORMACIÓN QUE REVELAN LA CALIDAD DE TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.- El lugar del hecho delictuoso.

1.1.- El artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El lugar del hecho delictuoso es una importante fuente de datos para el Ministerio Público, pues en él se da inicio a la investigación del delito y del probable autor o autores del mismo, en él se recogen las primeras evidencias relacionadas con su comisión; entre las que podemos mencionar, huellas, vestigios, documentos, instrumentos o cualquier objeto que pudiera estar ligado con la secuela delictiva.

También es probable que en ese sitio se encuentre a la víctima, a testigos y general a cualquier persona que pudiera proporcionar información sobre lo acontecido.

Con relación a lo anterior, el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales⁹⁸, establece lo siguiente:

“ART. 123.- Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber que personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante.

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente pueden perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada.

⁹⁸ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales Op. cit. 211 p.

El Ministerio Público sólo podrá ordenar la detención de una persona, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución y en los términos de los artículos 193 y 194 respectivamente.”

Como es de verse, este numeral le impone al Representante Social la obligación de que inmediatamente que tenga conocimiento de la probable comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, debe proceder de la siguiente manera:

a).- Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;

b).- Impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo;

c).- Saber qué personas fueron testigos;

d).- Evitar que el delito se siga cometiendo y,

e).- En general impedir que se dificulte la averiguación procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Es un principio lógico y humano que después de la perpetración del ilícito, lo prioritario es que se atienda la situación de la víctima, quien en muchas de las veces está en peligro su vida o integridad física, lo que se logra mediante el dictado de las medidas y providencias necesarias que tome en ese momento la autoridad investigadora para que se logre tal fin, como lo puede ser la orden de que se traslade inmediatamente a un hospital para su atención médica⁹⁹; o bien, brindarle protección para evitar alguna agresión contra su persona, según las circunstancias del caso.

⁹⁹ Cfr. Artículo 188 del Código Federal de Procedimientos Penales. Op. cit. 236-237 ps.

Ahora bien, ¿Cómo puede impedir el Ministerio Público que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo?. En nuestra opinión, la única forma de hacerlo es posesionándose del lugar en el que se cometieron los hechos y minuciosamente recoger toda evidencia que pudiera estar relacionada con el delito; es decir, evitar cualquier manipulación o alteración de la escena del crimen, como comúnmente se le conoce también. Además de que tiene la facultad de asegurarlos de acuerdo con lo que dispone el primer párrafo, del artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁰⁰, que a la letra dice:

“Art. 181.- Los instrumentos, objetos o productos de delito, así como los bienes en que existan huella o pudieren tener relación con éste, serán asegurados a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. La administración de los bienes asegurados se realizará de conformidad con la ley de la materia (...).”

De acuerdo con esta actividad del Representante Social necesariamente tengo que considerar que como resultado de ella, es posible que de los datos recabados; es decir, de las huellas o vestigios, instrumentos u objetos; etc, se advierta la existencia de personas que presenciaron los hechos o que tuvieron alguna intervención en los mismos, -verbigracia por haber sido encontrado algún objeto personal del sujeto del que se desprenda alguna información que fundadamente haga presumir a la autoridad investigadora su presencia en el lugar de los hechos-; pero como en ese momento de la indagatoria es difícil establecer con certeza si se trata de testigos o de indicados, al Ministerio Público le resulta indispensable lograr su comparecencia para que rindan su declaración informativa, procediendo a hacer la citación respectiva de acuerdo con lo que establece el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, que será motivo de estudio en capítulo diverso. Vid Infra p. 234.

¹⁰⁰ Op. cit. 234-235 ps.

En mi opinión, la situación antes mencionada es una de las causas que justifican el derecho de toda persona a ser asistida por un abogado en su deposición porque precisamente su condición procesal frente a la autoridad investigadora se conocerá hasta el momento en que declare; y bajo esa perspectiva, las preguntas que se le formulen bien pueden ser con relación a lo que sabe sobre la comisión del delito o sobre su probable participación (por acción u omisión) en los hechos, de lo que dependerá la intervención del experto en leyes; es decir, simplemente como asistente cuando se le interroga como testigo, en cuyo caso, no podrá provocar ni inducir la respuesta de su asistido; o en el otro supuesto, actuar como defensor cuando se le pretenda incriminar porque al suceder esto, el declarante ya está siendo considerado como probable indiciado; luego entonces, puede invocar las garantías que establece la Constitución, como la establecida en el artículo 20, apartado A, fracción II, y abstenerse de responder las preguntas que tiendan a ese fin (incriminatorias).

Asimismo, tiene el deber de saber qué personas fueron testigos, lo que nos da la idea de que el Fiscal tendrá que investigar a qué persona o personas les constan los hechos presuntamente delictuosos, lo que en mi concepto, al instante en que se obtenga tal información, es cuando legalmente se le puede atribuir a una persona el carácter de testigo, dado que la autoridad investigadora no podrá pasar por alto esa circunstancia y necesariamente tendrá que citarlo para que rinda su declaración, por lo que estimo que no es la cita lo que le otorga tal calidad (testigo) sino los datos que revelan su probable ubicación en el lugar de los hechos y que fundadamente se estima por parte del Ministerio Público que presencié el suceso delictuoso.

Vale la pena decir que para el autor Eugenio Florian¹⁰¹ la calidad de testigo se genera con la cita que hace la autoridad, y lo puntualiza así:

¹⁰¹ Op. cit. 84-85 ps.

“Para caracterizar al testigo basta que se le llame al proceso penal, ya que no siempre el testigo que ha sido presentado declara lo que se suponía que sabía acerca de la causa y hasta puede no saber nada. **Por ello, lo que le da a una persona la calidad de testigo es su citación**, su llamamiento al proceso penal mas no el resultado, esto es, la deposición. Sobra agregar que no tiene importancia el que el testigo se presente luego al juez espontáneamente o en virtud de citación (...)”

Al testigo se le llama a declarar simplemente como tal, como persona común, esto es, para que aporte al proceso las noticias y las impresiones que tiene de los hechos y eventualmente para que diga lo que le consta sobre otras partes del objeto del proceso.”

Igualmente piensa el autor Orlando Alfonso Rodríguez¹⁰², quien sostiene que:

“Particularmente opinamos que ello ocurre cuando el juez lo cita en una providencia, y dice: “recíbase el testimonio de N.N.” Ahí, procesalmente hablando, aparece el testigo, no antes, puesto que era un extraño a la investigación.”

No estoy de acuerdo con los razonamientos de los mencionados autores porque en mi opinión la calidad de testigo se deriva del hecho delictuoso mismo; o bien, del ofrecimiento que hace alguna de las partes pero ésta deberá establecer la relación de causalidad que tiene con los sucesos que se investigan, ya sea sobre las personas, objetos; etc.

En mi criterio, son las circunstancias en que se desarrolló el hecho delictuoso quien determina el status de testigo porque si de las evidencias recabadas se desprende la presencia de una persona que estuvo en el lugar y fundadamente se piensa que puede tener datos sobre los mismos es cuando nace la facultad de la autoridad para llamarlo a declarar.

No pasa desapercibido que no siempre el testigo es el que ve el acto antijurídico, pues debe recordarse que basta que tenga algún dato relacionado con el hecho o con el delincuente, en cuyo caso, entraríamos a discernir sobre las

¹⁰² Orlando Alfonso Rodríguez. *El testimonio Penal y sus errores*. Ed. Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1985. 12 p

diferentes clases de testigo; sin embargo, debo precisar que estamos en el estudio del lugar de la comisión del ilícito en el que se le ubica como una persona que lo presenció y lo describe tal y como lo vio.

Sobre el particular es importante considerar los razonamientos hechos por el autor Dosi Ettore¹⁰³, quien describe al testigo presencial del hecho de la siguiente manera:

“Ahora bien, a quien presta atención a esta última no escapa un importante detalle: la declaración de que un hecho subsiste, de que el acusado lo ha cometido, etc, tiene siempre como fondo un doble juicio: en primer lugar, el juicio expresado por el testigo en orden a las observaciones por él efectuadas en relación con la subsistencia del hecho, con la comisión de él, etc; por otro lado, el juicio expresado por el juez respecto a la admisibilidad del testigo.

Esta observación permite decir que, cuando un testigo considerado como atendible declara haber asistido al desarrollo de un hecho y lo describe, el juez no puede sino tomar nota del dictum de aquel testigo.

Así las cosas, lo menos que puede afirmarse es que el testigo, aun frente al órgano suministrado por el Estado para el ejercicio de la función jurisdiccional, continúa siendo el verdadero y auténtico juez del hecho por él observado.”

En ese sentido, resulta claro que la situación de haber presenciado el hecho delictuoso, es lo que da la pauta para que una persona sea considerado como testigo, ya que en ese momento se convierte en órgano de prueba para la autoridad investigadora a quien le deberá reproducir lo sucedido, por lo que en todo caso, el acto de llamarlo a declarar es sólo la formalidad para lograr su comparecencia a la averiguación previa, ya que pudiera suceder de que se presente voluntariamente, y ello, de ninguna manera le quita el carácter de testigo.

Este análisis me da la pauta para afirmar que el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, es uno de los casos a que se refiere el diverso 127 bis, del mismo Ordenamiento Legal, que si bien no lo menciona en su texto, sí

está relacionado con este último, porque el numeral 124 del citada Ley Adjetiva, remite al primero de los dispositivos legales mencionados al establecer “*En el caso del artículo anterior(...)*”; luego entonces tenemos, que si el artículo 123 en comentario menciona que el Ministerio Público indagará qué personas fueron testigos, debe pues entenderse que esta es una de las personas que tiene derecho a la asistencia de un abogado en su declaración.

Otra de las medidas inmediatas que la autoridad debe tomar es evitar que el delito se siga cometiendo; es decir, buscar suspender sus efectos desde el momento en que toma conocimiento del mismo.

Impedir que se dificulte la averiguación procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante mediante la detención del delincuente.

Esto me lleva necesariamente a establecer ¿Qué se entiende por flagrancia?, y para ello, resulta indispensable considerar el contenido del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁰⁴, que dice:

Art. 193.- Se entiende que existe flagrancia cuando:

I.- El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II.- Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente.

III.- El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

¹⁰³ Dosi Ettore. *La prueba testimonial* Trad. Rolando Enrique Oviedo (del italiano al español). Ed. Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 1986. 77 p.

¹⁰⁴ Op. cit. 238-239 ps.

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado si está satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción no sea privativa de libertad o alternativa.

La violación a lo establecido en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta en inmediata libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aun no lo ha hecho.”

Como puede verse, el citado artículo 193 establece los supuestos en los que se interpreta que existe flagrancia; situación que le permite a la autoridad ejecutar la detención del probable responsable del delito, y de acuerdo con una concatenación sistemática y lógica cuenta con cuarenta y ocho horas para hacerlo, según lo dispone su fracción III; término que se cuenta a partir del momento de la comisión delictiva.

Todo este procedimiento se encuentra previsto para los delitos que se persiguen de oficio, según se advierte del primer párrafo, del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos, como lo podría ser el homicidio, robo, etc; sin embargo, ¿Qué sucede cuando para la persecución del ilícito es necesaria la presentación de la querrela?.

El segundo párrafo, del mencionado artículo 123, refiere “*Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si está ha sido formulada.*”

Así las cosas, es un requisito de procedibilidad para que el Fiscal inicie su actividad investigadora, que el ofendido haya presentado previamente su querrela, y una vez que se cumpla con ello, proceder conforme lo previsto en el primer párrafo, del artículo 123 de CFPP.

En este punto me surge una interrogante, si el Ministerio Público deberá proceder igual en tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, ¿Cómo opera la flagrancia en este caso?, ¿Se puede detener al inculpado?

En mi criterio, sólo podría ser posible si la querrela es presentada momentos después de cometido el delito; es decir, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su comisión, y que en dicho plazo se detenga al presunto indiciado, pues fuera de él ya no le es posible al Representante Social realizar la detención.

Analizado de esta manera el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, me permite afirmar con certeza que una de las fuentes que revelan la calidad de testigo es precisamente el lugar del hecho delictuoso, porque en él se recaban múltiples evidencias que de alguna manera reportan información no sólo sobre la forma en la que se cometió el delito sino también sobre las personas que intervinieron en el mismo (indiciados) y que probablemente tengan datos de los acontecimientos (testigos) y no fueron encontradas en el momento en que se presentó la autoridad investigadora en el sitio del suceso.

1.2.- El artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Por su parte, el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁰⁵, también está relacionado con el lugar de los hechos, ya que en él se prevé la obligación del Ministerio Público de levantar el acta circunstanciada de los hechos, que en mi opinión, es la base de la averiguación previa porque en ella se dejan asentados los antecedentes indispensables para el ejercicio de la acción penal. Este numeral establece lo siguiente:

¹⁰⁵ Op. cit. 211-212 ps.

“ART. 124.- En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes y la del inculpado, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso, la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.”

Resulta necesario hacer un desglose de la variedad de elementos que componen el artículo citado, y para ello, me permito hacerlo en la forma siguiente:

El dispositivo legal en estudio comienza por referirse a su antecesor 123 del CFPP, al establecer que “*En el caso del artículo anterior*”, se procederá a levantar el acta respectiva, que contendrá:

a).- La hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos.

Es sumamente importante establecer la hora y fecha en que cometió el ilícito porque de ello dependerá la facultad del Ministerio Público de la Policía Judicial Federal (ahora Agencia Federal de Investigaciones) para lograr la detención del presunto responsable bajo la figura de la flagrancia, que como vimos en el punto que antecede tienen un plazo de cuarenta y horas para hacerlo contadas a partir del momento en que se cometió el delito, de acuerdo con el artículo 193 del CFPP.

Otra de las causas por las cuales es trascendente fijar la hora y la fecha en que se tenga conocimiento de los hechos, es debido a la obligación que tiene el Ministerio Público de precisar las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, de la comisión de la conducta delictiva para el efecto de hacer fundadamente los señalamientos y peticiones que correspondan al ejercitar la acción penal o al

formular sus conclusiones en el proceso, según lo dispone el artículo 146 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁰⁶

Igualmente es relevante la hora y fecha en que la autoridad investigadora tuvo conocimiento de los hechos, porque esos datos son necesarios para que en su caso se lleve a una persona a prisión preventiva, pues el auto de formal prisión deberá precisar también el lugar, tiempo y circunstancia de la ejecución, tal y como se desprende del último párrafo, de la fracción IV, del artículo 161, del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁰⁷, que cita textualmente lo siguiente:

“...Adicionalmente, el auto de formal prisión deberá expresar el delito que se le impute al indiciado, así como el lugar, tiempo y circunstancia de ejecución.”

En el mismo sentido es importante para que el Representante Social cumpla con la obligación que le impone el artículo 168 del Código Federal Adjetivo Penal¹⁰⁸, de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal.

Dicho numeral dispone lo que a continuación transcribo:

“Art. 168. - El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en del delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

¹⁰⁶ Op. cit. 222-223 ps.

¹⁰⁷ Op. cit. 228-229 ps.

¹⁰⁸ Op. cit. 231-232 ps.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.”

En esa tesitura al describir el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público deberá igualmente precisar el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución como parte de los elementos objetivos o externos del hecho delictuoso y su participación en el mismo, lo que obviamente requiere de precisar la hora y la fecha de su consumación.

Ahora bien, en el acta se deberá precisar de qué manera se enteró la autoridad investigadora de los presuntos sucesos delictivos, verbigracia si fue a través de la denuncia de la víctima o de cualquier persona, por el dicho de un testigo, informes de policía, etc; lo que viene a determinar el modo en el que se tuvo conocimiento de la conducta antijurídica.

b).- El nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración. El Ministerio Público o sus auxiliares deberán establecer en el acta, el nombre y el carácter de la persona que dio noticia de ellos, y su declaración, que como se ve dicha disposición legal está redactada en términos amplios, y así por ejemplo, quien lógicamente puede dar informar sobre la perpetración del delito es la propia víctima; sin embargo, lo puede hacer cualquier persona cuando se trata de aquellos que se persiguen de oficio, en cuyo caso la denuncia puede ser presentada por cualquier persona; por tanto, en este supuesto debo considerar que la notitia criminis la puede dar un testigo presencial de los hechos.

Es evidente que en esa narración de hechos es posible que se informe quienes fueron testigos de los mismos y que se proporcionen sus nombres, domicilios o características físicas, etc; que le permitan a la autoridad investigadora fundar la cita para que comparezcan a declarar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, por eso considero que

es una fuente que revela condición de testigo y desde ese momento queda considerado como tal.

Es en este punto donde comienza a tomar relevancia el contenido del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, respecto al derecho que tiene toda persona de ser asistida por un abogado en su deposición.

En efecto, si los referidos individuos se le tendrá que recabar su declaración; luego entonces, tienen derecho a hacerlo asistidas por un abogado de acuerdo con lo que establece el numeral citado al principio de este inciso.

c).- Así como la de los testigos cuyos dichos sean más importantes y la del inculpado, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece. En atención a lo anterior, el Representante Social deberá recabar en el acta, las declaraciones de los testigos cuyos dichos sean más importantes, los que en mi opinión tienen que ver con aquellos que presenciaron el hecho y están presentes en lugar.

Una vez más queda claro que una de las personas que tienen que rendir declaración de conformidad con el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, son los testigos; y por esa razón, éstos pueden hacer uso del derecho a ser asistidos por un abogado durante su deposición en la averiguación previa, en observancia a lo establecido por el artículo 127 bis del mismo Ordenamiento Legal, pues este último establece *“Toda persona que haya de rendir declaración en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él...”*; luego entonces, no hay duda de que uno de esos casos, es la persona del testigo.

También deberá recabar la declaración del inculpado si se encuentre presente; esto quiere decir, que también es una de las personas que tiene derecho a

la asistencia de un experto en derecho, pero con la salvedad de que éste es un verdadero defensor cuya función se encuentra amparada en la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna¹⁰⁹ y en el diverso 128, fracción III, incisos a), b), c) y d), del Código Federal de Procedimientos Penales¹¹⁰.

Ahora bien, al recabar la declaración del indiciado debe incluirse el grupo étnico indígena al que pertenece, ya que es de todos sabido que en nuestro país existe una gran variedad de pueblos indígenas que conservan su propio dialecto y normas de conducta; por lo que en este caso, cuando a una persona se le pretende declarar como inculpado debe designársele a un interprete para que lo asista en su declaración, de acuerdo con lo establece la fracción IV, del artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

“IV.- Cuando el detenido fuere indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se trata de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática.”

Este derecho también está contemplado para el testigo al rendir su declaración y que será motivo de estudio al tratar el capítulo X, de este estudio. Vid. *Infra p.*

d).- En su caso, la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular. Esto me da la pauta para considerar que lo descrito en el acta que levante el Ministerio Público en el lugar de los hechos, es una verdadera prueba de inspección ocular que se contempla en el artículo 208 del Código de Procedimientos Penales¹¹¹, que establece:

Art. 208.- Es materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. La

¹⁰⁹ Op. cit. 26 p.

¹¹⁰ Op. cit. 213-214 ps.

¹¹¹ Op. cit. 246 p.

inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso.

Para su desahogo se fijará día, hora y lugar, y se citará oportunamente a quienes hayan de concurrir, los que podrán hacer al funcionario que la practique las observaciones que estimen convenientes, que se asentarán en el expediente si así lo solicitan quien las hubiese formulado o alguna de las partes. Si el Ministerio Público o el juez lo consideran necesario, se harán acompañar de testigos y asistir de peritos que dictaminarán según su competencia técnica.

Cuando por la complejidad de la inspección haya necesidad de preparar el desahogo de ésta, el Ministerio Público o el juez podrán ordenar que alguno de sus auxiliares realice los trámites conducentes a precisar la materia de la diligencia y a desarrollar ésta en forma pronta y expedita, conforme a las normas aplicables."

Con relación a lo anterior debo considerar el contenido del artículo 210 del CFPP¹¹², por estar íntimamente ligado al tema en estudio, ya que en él se dispone que al practicarse una inspección podrá examinarse a las personas presentes, que puedan proporcionar algún dato útil a la averiguación previa o al proceso, según el caso, a cuyo efecto se les podrá prevenir que no abandonen el lugar.

En efecto, si el Ministerio Público tiene la facultad de examinar a las personas presentes en el lugar de la inspección, ello sólo puede hacerse con las formalidades establecidas para la prueba testimonial que se contienen en los artículos del 240 al 257, de la Ley Federal Adjetiva Penal¹¹³, por disposición expresa del 132, que establece: *"En la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código."*; y siendo así, en mi opinión, desde ese momento tienen el derecho a estar asistidas por un abogado conforme al artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, porque si el numeral 124 en comentario se refiere también a la descripción de lo que haya sido objeto de la inspección ocular, obviamente en ello cabe también, el examen que puede hacer el Ministerio Público de las personas que hayan sido localizadas en el

¹¹² Op. cit. 247 p.

¹¹³ Op. cit. 252-255 ps.

sitio en el que se cometió el delito, en atención a lo prevé el artículo 210 del Código de Procedimientos Penales, ya citado.

Por tanto, estimo que desde el momento en que la autoridad investigadora realiza las primeras diligencias de averiguación previa, entre ellas la de inspección ocular, que la pone en aptitud de interrogar a las personas presentes, éstas tienen el derecho a estar asistidas por un abogado conforme a lo que ordena el diverso 127 bis, motivo de esta investigación, pues de lo contrario, en mi concepto, las declaraciones recabadas sin la presencia de un letrado en derecho, estarían afectadas de nulidad como ya se verá en distinto capítulo XV, Vid. Infra p. 305.

Esto también viene a corroborar que el lugar de los hechos es una fuente de información que revela la calidad de testigo, dada la facultad que tiene el Representante Social de examinar a las personas presentes en él a través de la inspección ocular que se haga del mismo.

e).- Los nombres y domicilios de los testigos que no se hayan podido examinar. Esta frase viene a confirmar que las personas a que se refiere el punto anterior, tienen la calidad de testigos con motivo de la inspección ocular que realiza el Ministerio Público en el lugar de los hechos, pero con la características de haber sido encontradas en el mismo; por lo que en el supuesto de que no haya sido así; es decir, que no se localizaron en ese momento, deberá indagar los nombres y domicilios de los testigos ausentes.

Esta información obviamente la puede obtener de las personas examinadas o como ya se dijo anteriormente, de cualquier otro dato que se desprenda de la evidencia recabada como lo podrían ser huellas o vestigios, instrumentos u objetos del delito, etc.; lo que resulta determinante para afirmar con certeza que el lugar de los hechos establece en la mayoría de los casos la calidad de testigo y que en realidad es lo que hace que a una persona se le pueda atribuir tal carácter.

El nombre y domicilio de los testigos que no se hayan podido examinar le permite a la autoridad investigadora citarlo a la averiguación previa conforme a lo establecido en el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales.

f).- El resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, en las personas que en ellas intervengan. Esta actividad deviene de la inspección ocular no sólo al lugar, a las huellas o vestigios, instrumentos o objetos del delito, sino también en las personas que hayan sido examinadas, de las que se deberá asentar en el acta en forma pormenorizada el resultado de la observación que haya hecho la autoridad investigadora, como lo podría ser, si se encontraban lesionadas, en cuyo caso dará fe de la lesión y ordenará su internamiento en un hospital para el certificado médico correspondiente; o con algún signo de ebriedad lo que motivaría un dictamen de alcoholemia; narración incoherente, etc.; datos que resultan importantes para la posterior valoración del material probatorio que tiene que ver con el ejercicio la acción penal.

g).- Las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos. Deberá quedar asentado todo lo que haya hecho hasta ese momento el Ministerio Público para la indagación del delito y del delincuente, lo que sería difícil enumerar, pues depende de las circunstancias en que se hayan suscitado los hechos, ya que por ejemplo, podría mencionar las órdenes de internamiento en hospitales de los lesionados, la autopsia en el caso de homicidio, los oficios de investigación a la Policía Judicial Federal para la búsqueda y localización de los presuntos responsables; oficios a la dependencia citada para indagar los nombres y domicilios de personas que pudieran tener datos sobre la perpetración del delito, como serían los testigos que no fueron examinados en el lugar de los hechos, etc.

h).- Así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar. Esto es parte de la apreciación que haga el Ministerio Público en el lugar de los hechos con motivo de la inspección ocular que realiza en el mismo.

En tales condiciones, el análisis anterior me permite establecer que la diligencia de inspección ocular que se hace en el sitio de ejecución de la conducta delictiva es una fuente de información que revela la calidad de testigo y que en realidad esto es lo que le otorga tal carácter por haber presenciado el hecho delictuoso o le consta de alguna manera, lo que en mi criterio, es lo que genera la obligación de rendir declaración ante la autoridad investigadora conforme al artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales¹¹⁴, que dice:

“Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar respecto a los hechos investigados...”

Ahora bien, no puedo dejar de explicar que me he venido refiriendo al testigo presencial de los hechos, ¿Pero qué sucede con aquellos que son ofrecidos por las partes en la averiguación previa?, tal y como lo dispone el diverso 240 del Código Federal Adjetivo Penal¹¹⁵, que cita textualmente lo siguiente:

“El tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.”

Si bien la norma indicada alude al proceso penal propiamente; lo cierto es que también lo puede aplicar el Ministerio Público en la fase de averiguación previa, en observancia al artículo 132 del Código Federal de Procedimientos Penales, ya transcrito en líneas anteriores; sin embargo, considero que no obstante que las partes soliciten la declaración de algún testigo siempre se deberá manifestar cuál es la relación que tiene con los hechos que se investigan, pues ello le permitirá al Representante Social valorar si efectivamente tiene esa calidad y si se amerita su

¹¹⁴ Op. cit. 252 p.

declaración, pues considerarlo de otra manera, se propiciaría la práctica de dejar al arbitrio de las partes atribuirle a una persona el carácter de testigos con la sola manifestación de indicarlo como tal, lo que me parece que no es correcto, porque como ya lo dije anteriormente, la calidad de testigo la otorga su ubicación respecto al hecho delictuoso.

En mi opinión, esto último debe operar tanto para los llamados testigos de cargo y descargo, pues en ambos casos deberá indicarse por la parte que los ofrezca la causa o causas por las cuales considera que reúne esas características y su relación con los acontecimientos que se indagan, ya que si no se establece esa liga, en mi concepto, no podría cumplirse con la última parte del artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, que refiere *“En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.”*

Considero que lo expresado anteriormente, representa una garantía de seguridad jurídica para la persona a quien se pretende atribuirle el carácter de testigo, ya que antes de que se le llame a declarar, la autoridad deberá cerciorarse de que efectivamente de los hechos que se investigan se deriva su posible conocimiento de los mismos o de alguna circunstancia relacionada con aquellos.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

2.- La denuncia y la querrela.

En mi criterio, la denuncia y la querrela es otra de las fuentes de información que revela la calidad de testigo; y que por ende, con motivo de ello, surge la obligación de acudir a declarar ante la autoridad investigadora a manifestar lo que se sabe sobre la comisión del delito y de la persona del delincuente o de algún dato relacionado con éstos.

¹¹⁵ Op. cit. 252 p.

Respecto a la denuncia, el autor Manuel Rivera Silva¹¹⁶ expone: “La denuncia es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos. La denuncia, definida en la forma que antecede, entrega los siguientes elementos: a) Relación de actos que se estiman delictuosos; b) Hecha ante el órgano investigador, y c) Hecha por cualquier persona.”

Con relación a la querrela, el citado tratadista dice: *“La querrela se puede definir, como relación de hechos expuesta por el ofendido que se persiga al autor del delito. El análisis de la definición arroja los siguientes elementos: 1) Una relación de hechos; 2) Que esta relación sea hecha por la parte ofendida, y 3) Que se manifieste la queja: el deseo de que se persiga al autor del delito.”*

Carlos Franco Sodi¹¹⁷ retoma los conceptos de Eugenio Florian y sobre la denuncia refiere lo siguiente: *“DENUNCIA.- Florian da de ella la siguiente definición. “Es la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o un tercero, a los órganos competentes”, es decir, la denuncia es el medio usado por los particulares para poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión del delito”.*

Y sobre el concepto de querrela expone: *“Se concluye de todo lo dicho que la querrela es el medio legal que tiene el ofendido para poner en conocimiento de la autoridad, los delitos de que ha sido víctima y que sólo pueden perseguirse con su voluntad y, además, dar a conocer su deseo de que se persigan.”*

Fernando Arilla Bas¹¹⁸ señala *“Se define la denuncia como la noticia de la comisión de un delito dada a la autoridad encargada de perseguirlo”;* y a la querrela *“Se define la querrela como la imputación de la perpetración de un delito hecha por el*

¹¹⁶ Manuel Rivera Silva. Op. cit. 98, 99 y 112 ps.

¹¹⁷ Carlos Franco Sodi. Op cit. 125-127 ps.

ofendido a personas determinadas, pidiendo se les sancione penalmente. No hay que confundir esta clase de querella con la denominada querella necesaria.”

De acuerdo con la opinión de los autores citados, encontramos que la diferencia entre la denuncia y la querella radica esencialmente en que la primera la puede hacer la víctima del delito o cualquier otra persona que tenga conocimiento del hecho; mientras que la segunda, sólo puede realizarse a instancia de parte legítima; es decir, por quien resintió los efectos del ilícito y que se le ha denominado ofendido, cuya petición de que el delito y el delincuente sea perseguido es lo que genera la actividad del Ministerio Público para realizar lo anterior.

Asimismo también encontramos un punto de coincidencia que concierne a su finalidad que es la de poner en conocimiento del órgano investigador el hecho delictuoso.

Por su parte, el artículo 118 del Código Federal de Procedimientos Penales¹¹⁸, establece que las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito y se contraerán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el derecho de petición.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

“ART. 118.- Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querella no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querella.

¹¹⁸ Fernando Arilla Bas. Op. cit. 58 p.

¹¹⁹ Op. cit. 209 p.

Así las cosas, del contenido de la disposición legal citada, podemos inferir que tanto las denuncias como las querellas, es una descripción de los hechos supuestamente delictivos sin calificarlos jurídicamente; esto último en atención a que quien tiene facultad de calificarlos es el Ministerio Público dadas facultades que le otorga el artículo 21 de la Constitución General de la República¹²⁰, y no los particulares o gobernados.

Luego entonces, si la denuncia y la querrella es la acción de poner en conocimiento de la autoridad de manera verbal o por escrito, el hecho delictivo haciendo una descripción de él, sin calificarlo jurídicamente, es evidente que representan una fuente de información para establecer la calidad de testigo, pues aunque la ley no exige que se mencionen –como sucede en materia procesal civil- lo cierto es que en la mayoría de las ocasiones de dicha actuación (denuncia o querrella), se desprenden nombres y domicilios de testigos que presenciaron la comisión del delito y que tienen algún dato relacionado con éste; por lo que considero que esto le puede generar a una persona determinada la obligación de comparecer a declarar como testigo.

3.- Huellas, vestigios, instrumentos o cosas objeto del delito.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Como lo vimos al estudiar el lugar de los hechos en relación con el contenido de los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, las huellas o vestigios, instrumentos o cosas objeto del delito, son elementos que reportan una gran variedad de información a la autoridad investigadora no sólo respecto a la forma en que se cometió la conducta ilícita sino también sobre los posibles autores del mismo y de personas que de alguna manera se considera presenciaron los sucesos y que necesariamente son catalogados como testigos. Vid Supra p. 103.

La ley protege a las huellas o los vestigios, instrumentos o cosas objeto del delito, y para ello, establece un apartado especial en el Título Quinto, capítulo III, denominado *“Huellas del delito, aseguramiento de los instrumentos y objetos del mismo”*.

En efecto, el artículo 181, del Código Federal de Procedimientos Penales, establece en su primer párrafo: “Los instrumentos, objetos o productos de delito, así como los bienes en que exista huella o pudieren tener relación con éste, serán asegurados a fin de que no se alteren, destruyan o desaparezcan...”

Esa finalidad de que no sean alterados, destruidos o que desaparezcan tiene que ver con la protección a la información que poseen esos elementos sobre el hecho ilícito y que obviamente se requiere que en el acta que se levante quede constancia fehaciente de ellos.

Ahora bien, es importante decir que las huellas o los vestigios, son considerados por la doctrina como parte de la prueba de indicios. Así por ejemplo, para Marco Antonio Díaz De León¹²¹, indicio significa:

“La palabra indicio viene de la voz latina *indicium* que significa señal o signo aparente y probable de que exista una cosa.

En el campo procesal los indicios son los signos, señales, rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido. En otras palabras, toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga y que permite inferir su existencia o modalidades, es un indicio; así todo hecho que guarde relación con otro, puede ser llamado indicio.

Definimos al indicio, pues, como la circunstancia, hecho o acto, que sirve de antecedente o base para presumir la existencia de otro hecho.”

¹²⁰ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Op. cit. 27-28 ps.

¹²¹ Marco Antonio Díaz De León. *Tratado sobre las Pruebas Penales*. 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 1991. 429 p.

Respecto al punto en comentario, el autor Gaspar Gaspar¹²² expone:

“Los vestigios o huellas materiales del delito, son las señales objetivas que dejó éste al ejecutarse, señales que naturalmente quedan en las personas o en las cosas. Por los mismo dar fe de la persona o cosa afectada por la acción u omisión punible, es una exigencia que se cumple con decir en el acta: “Se da fe de haber tenido presente el bien mueble o inmueble X o la persona fulana de tal, objeto o no del delito”; pero hacer esto no es hacer constar los vestigios o huellas, constancia que implica una descripción de los mismos.

Los vestigios y las huellas materiales del delito están consideradas en la ley como parte del objeto de la inspección ocular que deberá realizar el Ministerio Público en el lugar de los hechos conforme a lo que establecen los artículos 124 ya estudiado y el último párrafo del diverso numeral 208 del Código Federal de Procedimientos Penales, en que se establece lo siguiente:

“Se hará la descripción por escrito de todo lo que no hubiere sido posible efectuar por los medios anteriores, procurándose fijar con claridad los caracteres, señales o vestigios que el delito dejare, el instrumento o medio que probablemente se haya empleado y la forma en que se hubiere usado.”

Además también es considerada como parte de la prueba indiciaria regulada en el Código de Procedimientos Penales por los artículos 285 y 286, que a la letra [®] dicen: DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

“Art. 285.- Todos los demás medios de prueba o de investigación y la confesión, salvo lo previsto en el segundo párrafo del artículo 279, constituyen meros indicios.

“Art. 286.- Los tribunales, según las naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de los indicios hasta poder considerarlos como prueba plena.”

En mi concepto, las huellas o los vestigios, instrumentos y cosas objeto del delito, son otra de las fuentes de información de las que se puede derivar la

¹²² Gaspar Gaspar. *La confesión* 2ª ed Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1988. 88-89 ps.

condición de testigo o de indiciado, pues es factible que suceda que uno de esos elementos reporte el nombre, domicilio o características físicas de una persona que se presume tiene conocimiento de la comisión del injusto, lo que implicaría considerarlo como presunto partícipe o testigo, en su caso.

4.- Los informes de policía con relación al testigo.

Comúnmente son los agentes de la policía quienes arriban primeramente al lugar de los hechos y dan parte al Ministerio Público sobre la efectiva existencia de la probable comisión de un delito, lo que se ha llegado a considerar como la denuncia oficial, tal y como lo señala el autor Rafael Pérez Palma¹²³:

“El parte de la policía es el aviso que la Policía Preventiva, Judicial o de cualquier otro orden dan respecto a la comisión de un delito. Es digamos, algo así como la denuncia oficial (...).

Partiendo del parte de policía o de la denuncia, el Ministerio Público o la Policía Judicial se pone en actividad. Si es necesario, se traslada al lugar de los hechos para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 265, procede a la práctica de las diligencias que la ley ordena para la comprobación de los elementos del tipo, o para acreditar la presunta responsabilidad; examina testigos; se hace asesorar de peritos, requiere de los médicos legistas su intervención para la descripción de lesiones o cadáveres y ordena el examen del ofendido y del presunto responsable como dispone el párrafo segundo del artículo 271.”

Esto me lleva a considerar que los informes de la policía son también fuentes que revelan la calidad de testigo, pues en ellos también se puede informar sobre la existencia de testigos en el lugar de los acontecimientos o del nombre y domicilio de los que no fueron encontrados, pero se presume tienen algún dato sobre los mismos, ya que ese documento será tomado en cuenta por el Representante Social por tener el carácter de público de acuerdo con lo señala el artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, para proceder a hacer la citación de determinada persona

¹²³ Rafael Pérez Palma. Guía de Derecho Procesal Penal. 4ª ed. Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1997. 356-357 ps.

para que rinda su respectiva declaración; lo que quiere decir, que el parte policiaco es un instrumento del que puede derivarse la obligación de rendir testimonio.

Respecto a lo anterior cabe mencionar el texto de la siguiente tesis¹²⁴:

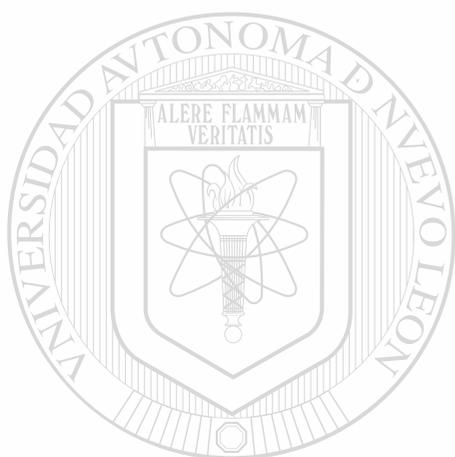
“POLICIA JUDICIAL FEDERAL, INFORMES DE LA. CONSTITUYEN DOCUMENTOS PUBLICOS. El documento que contiene el informe rendido por la policía judicial federal, sí es desde el punto de vista formal un documento público, en los términos del artículo 129 del Código Federal de Procedimientos Civiles, aun cuando no contenga sello alguno, si está signado por los elementos de la policía judicial federal, quienes de acuerdo con los artículos 21 de la Constitución General de la República, 2o. y 113 del Código Procesal Penal Federal, 3o., 35, fracciones II y VII, y 40, fracción III, de la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, son los funcionarios públicos que en ejercicio de sus funciones y bajo la dependencia inmediata del agente del Ministerio Público Federal, deben practicar las investigaciones que sean necesarias para integrar la averiguación previa que procede a toda causa instaurada con motivo de los delitos de orden federal; además, si las firmas que obran en dicho documento, así como su contenido, son ratificadas por sus signatarios ante el fiscal federal, es precisamente en razón de la investigación legal de dichas personas que firman el oficio respectivo, lo que le atribuye el carácter de documento público a la constancia de referencia, sin que para ello obste la clase de papel que se utilice para hacer constar hechos de quienes lo firmaron y tuvieron conocimiento de los mismos.

Amparo directo 2373/74. Simona Pruneda Ayala de Reyes. 24 de enero de 1975. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.”

En tales condiciones, si el parte de los agentes de policía es un documento público, y si en él se señala la existencia de testigos, necesariamente ello debe ser

¹²⁴ Semanario Judicial de la Federación. Primera Sala, Séptima Época, Vo. 73, segunda parte, p. 27. Disco Compacto IUS 2001 número 2, Ed. Coordinación General de Compilación y Sistematización de Tesis de la SCJN, número de registro 235,673.

tomado en cuenta por el Fiscal para llamarlos a declarar sobre lo que saben acerca del delito y del delincuente, lo que definitivamente me permite estimarlo como fuente de información que le atribuye a determinada persona la calidad de testigo; y en consecuencia, le genera la obligación de declarar.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

VIII.- ÓRGANOS FACULTADOS PARA EXAMINAR AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.- El Ministerio Público Federal

Todas las facultades del Ministerio Público están sustentadas en el artículo 21 de la Constitución General de la República, a quien le encomienda la investigación y persecución de los delitos y para lograr tal fin, se auxiliará de una policía que está bajo su autoridad y mando inmediato.

De acuerdo con el artículo 2º del Código Federal de Procedimientos Penales¹²⁵, compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

Asimismo en las fracciones I y II del citado numeral, se establece lo siguiente:

“En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito.

II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño...”

Así las cosas, si la averiguación previa compete al Representante Social conforme al artículo en comentario, ello le da facultad de examinar a los testigos en dicha fase, a fin de cumplir con el objetivo de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y esto lo puede hacer desde los primeros momentos de la investigación, incluso en lugar mismo de los hechos, de acuerdo con lo que disponen los artículos 123 y 124 que ya fueron motivo de análisis en el capítulo que precede.

¹²⁵ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. Op. cit. 182-183 ps.

Igualmente esa prerrogativa del Ministerio Público Federal para examinar a los testigos, la encontramos en el artículo 132 en relación con el 240, ambos del Código Federal de Procedimientos Penales¹²⁶, que dicen:

“Art. 132.- En la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código.”

Como se ve, el citado artículo 132 le permite al Ministerio Público de la Federación aplicar las disposiciones del Título Sexto de la Ley de la Materia, en la práctica de diligencias de averiguación previa, el cual se refiere al apartado de “PRUEBAS”, entre las que obviamente se encuentra regulada la prueba de “TESTIGOS”, en la que el artículo 240, dispone:

“Art. 240.- El Tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.

Luego entonces, estas dos últimas normas me permiten considerar que el Ministerio Público Federal está facultado para examinar testigos desde los primeros minutos de la investigación en virtud del principio de oficiosidad que le establecen los ya mencionados artículos 123 y 124, incluso en el mismo lugar de los hechos; y además también, a petición de alguna de las partes de conformidad con los numerales 132 en relación con el 240 del CFPP, pues si bien este último se refiere al Juez en el proceso, es aplicable en la averiguación previa, por mandato expreso del tercero de los preceptos legales mencionados (132)

En tales condiciones, en mi opinión los artículos anteriormente relacionados constituyen el fundamento en el que se sustenta la facultad del Ministerio Público para examinar al testigo respecto a los acontecimientos motivo de la indagatoria.

¹²⁶ Ibidem, 215 y 252 ps.

2.- La Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal de Investigaciones)

La función investigadora de la Policía Judicial está sustentada en el artículo 21 de la Constitución General de la República, como auxiliar del Ministerio Público, al establecer “...el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

En el Código Federal de Procedimientos Penales, la actividad de la Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal de Investigaciones)¹²⁷, está regulada por el numeral 3, que establece lo siguiente:

“Art. 3.- La Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro del periodo de averiguación previa, la Policía Judicial Federal está obligada a:

I. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas. Las diversas policías, cuando actúen en auxilio del Ministerio Público Federal, inmediatamente darán aviso a éste, dejando de actuar cuando él lo determine;

II. Practicar, de acuerdo con las instrucciones que le dicte el Ministerio Público Federal, las diligencias que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa;

III. Llevar a cabo las citaciones, notificaciones y presentaciones que el Ministerio Público Federal ordene; y

IV. Realizar todo lo demás que señalen las leyes.

En el ejercicio de la función investigadora a que se refiere este artículo, queda estrictamente prohibido a la Policía Judicial Federal recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público, del juez o del tribunal.

Existe una nota distintiva en las facultades de la Policía Judicial Federal en relación con el Ministerio Público Federal, que radica esencialmente en que aquella

estará bajo la autoridad y mando del segundo; esto quiere decir, que quien dirige las diligencias de averiguación previa lo es el Representante Social, y como lo dispone el propio artículo 21 Constitucional, la policía viene a ser un auxiliar en dicha función.

En el último párrafo del artículo 3º del Código Federal Adjetivo Penal, se prevé la prohibición que tiene la Policía Judicial Federal para recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público; lo que interpretado a contrario sensu tendríamos que admitir que sí le está permitido hacerlo de motu proprio sólo en los casos de flagrancia y cuando no se está en este último caso, requiere de la "instrucción escrita" del Fiscal Investigador en la fase de averiguación previa.

La pregunta que surge en este punto es: ¿La Policía Judicial Federal está facultada para recabar la declaración de un testigo?

Como puede observarse, de la fracción II, del artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales, la Policía Judicial Federal está obligada a practicar de acuerdo con las instrucciones que le dicte el Ministerio Público Federal, las diligencias que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

De esta disposición legal se infiere que la Policía Judicial Federal está facultada para llevar a cabo diligencias de averiguación previa, pero para que esté en aptitud de hacerlo requiere de las instrucciones del Ministerio Público, que como lo vimos en el último párrafo del mencionado numeral 3º, deben constar por escrito.

Además, el diverso 16 de la Ley en estudio¹²⁸, dispone que *"El Juez, el Ministerio Público y la Policía Judicial Federal estarán acompañados, en las*

¹²⁷ Ibidem, 183 p.

¹²⁸ Ibidem, 186-187 ps.

diligencias que practiquen, de sus secretarios, si los tuvieran, o de dos testigos de asistencia, que darán fe de todo lo que en aquéllas pase.”

De lo que antecede se colige que la Policía Judicial Federal sí puede realizar diligencias de averiguación previa y para que tengan validez deberán estar acompañados de sus secretarios o testigos de asistencia, que darán fe de lo sucedido.

En mi opinión, el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, también le concede facultades a la Policía Judicial Federal para realizar diligencias de averiguación previa, al establecer en su parte inicial *“Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa...”*, ya que al ser un auxiliar del Representante Social por mandato expreso del diverso 21 de la Carta Magna y del propio numeral 3º del CFPP, resulta obvio que puede llevar a cabo lo ordenado en el precepto legal primeramente mencionado (123); y por supuesto, recabar el acta a que se refiere el artículo 124 del misma Ley Adjetiva, que ya fueron motivo de análisis en el capítulo que antecede.

Habría que recordar que cuando tratamos lo referente al capítulo VII [®] denominado *“Fuentes de Información que revelan la calidad de testigo en la Averiguación Previa”*, quedó claramente explicado que los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen la facultad de la autoridad investigadora para recabar las declaraciones de testigos que se hayan encontrado en el lugar de los hechos; y de los que no, debía indagar sus nombres y domicilios para citarlos y tomarles su deposición.

Bajo esa perspectiva, tendríamos que admitir que la Policía Judicial Federal sí está facultada para recabar las declaraciones de testigos en auxilio del Ministerio Público, pero con previa instrucción por escrito de este último, en atención a lo que

dispone la citada fracción II, del artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales; y además en lo previsto en el diverso 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹²⁹, que a la letra dice:

“Art. 21.- (...) La Policía Federal Investigadora podrá recibir denuncias sólo cuando por la urgencia del caso no sea posible la presentación directa de aquéllas ante el Ministerio Público de la Federación, pero deberá dar cuenta sin demora a éste para que acuerde lo que legalmente proceda.

Conforme a las instrucciones que dicte el Ministerio Público de la Federación, la Policía Federal Investigadora desarrollará las diligencias que deban practicarse durante la averiguación previa y exclusivamente para los fines de ésta, cumplirá las citaciones, notificaciones y presentaciones que se le ordenen, y ejecutará las órdenes de aprehensión, los cateos y otros mandamientos que emita la autoridad judicial, así como las órdenes de detención que, en los casos a que se refiere el párrafo quinto del artículo 16 constitucional, dicte el propio Ministerio Público de la Federación.

En todo caso, dicha policía actuará con respeto a los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los tratados internacionales en que los Estados Unidos Mexicanos sea parte, así como las normas que rijan esas actuaciones.”

En razón de lo anterior y de acuerdo con lo que he venido exponiendo, podríamos decir, que para que la Policía Federal Investigadora estuviera en aptitud de recabar las declaraciones de los testigos, en todo caso, requiere de las instrucciones del Ministerio Público para hacerlo, en auxilio de las funciones de éste; situación con la que no estoy de acuerdo porque si bien no puede ignorarse lo establecido en las citadas normas procesales, en mi criterio, existen actuaciones que ineludiblemente deben ser presididas por el Agente del Ministerio Público. Sin embargo, es importante determinar si estamos en lo correcto o no.

Respecto al tema mencionado el autor Guillermo Borja Osorno¹³⁰, expone:

“1.- Inmediatamente que se presente la denuncia en los delitos que se persiguen de oficio, o la querrela en los que se persiguen a petición de parte,

¹²⁹ *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*. Editada por la Procuraduría General de la República, México, 2002. 29-30 ps.

¹³⁰ Guillermo Borja Osorno. *Derecho Procesal Penal*. Ed. José M. Cajica Jr. S.A., Puebla, Puebla, México, 1969. 118-119 ps.

la Policía Judicial que tenga conocimiento dictará las providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas, para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas objeto o efecto del mismo, para saber qué personas presenciaron el hecho y en general, impedir que se dificulte la averiguación.

2.- Si es necesario, **debe trasladarse la Policía Judicial al lugar de los hechos para practicar una inspección ocular**, dando fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el hecho delictuoso. **Procurará tomar declaración a las personas que presenciaron los hechos, en el mismo lugar, o bien, de no ser necesaria la inspección ocular o no ser posible que declaren inmediatamente dichas personas, deberá citarlas para que a más tardar al día siguiente comparezcan a rendir declaración**, si no se ha consignado o ante la autoridad judicial si el Ministerio Público ya ejerció acción penal.”

Es decir, de acuerdo con los razonamientos de Borja Osorno la Policía Judicial Federal está facultada para tomar las declaraciones de los testigos en el mismo lugar de los hechos e incluso citar a los que no haya podido declarar para que a más tardar al día siguiente comparezcan a rendir su declaración. Además que de sus comentarios también se desprende que dicha dependencia policiaca está facultada para practicar la inspección ocular del sitio en que se cometió el ilícito.

Ahora bien, con relación a las ideas del autor Borja Osorno, necesariamente tengo que considerar que la diligencia de inspección ocular invariablemente debe ser practicada con la asistencia del Ministerio Público, ya que en caso contrario, sería nula de pleno derecho, en atención a lo establecido en el artículo 208 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

“Art. 208.- Es materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. **La inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público** o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso.”

Así las cosas, en atención al contenido de la norma citada, la Policía Judicial Federal per se carece de facultades para practicar la inspección ocular a que se

refiere Guillermo Borja Osorno, ya que su desahogo corresponde únicamente al Representante Social de acuerdo con el numeral indicado, y en caso de que se hiciera sin la asistencia de éste, dicha actuación resultaría sin eficacia probatoria alguna; por lo tanto, bajo esa perspectiva tendríamos que aceptar que la Policía Judicial Federal no puede realizar cualquier diligencia de averiguación previa.

Sin embargo, de una interpretación lógica de los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, se puede decir, que la Policía Judicial Federal está facultada para realizar la inspección a que se refiere el último de los numerales indicados porque se trata de reglas especiales que norman el trámite de la averiguación previa y que constituyen excepción a la regla general, y esta afirmación la hago en observancia a lo dispuesto por el Título Segundo denominado "Averiguación Previa", capítulo II, "Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa."

Luego entonces, en ese sentido, es aplicable el principio que reza "La regla especial prevalece sobre la general"; y siendo así, no obstante que el artículo 208 del CFPP, establezca que la inspección invariablemente debe ser practicada con la asistencia del Ministerio Público, so pena de declararse nula; en mi opinión esto no tiene aplicación en el trámite de la indagatoria, puesto que la inspección a que se refieren los artículos 123 y 124 del Código Federal Adjetivo Penal, son reglas especiales; y por ello, son aplicables; de lo que se colige que en la fase de averiguación previa, la Policía Judicial Federal sí está facultada para desahogar la mencionada probanza, por tener dicha dependencia el carácter de órgano auxiliar del Fiscal.

Considero que respecto a las declaraciones de los testigos la Policía Judicial Federal solamente podría estar en aptitud de recabarlas cuando así se lo instruya el Representante Social mediante un acuerdo en el que exponga las razones y peculiaridades del caso o urgencia del mismo, de acuerdo con lo que se desprende

de la fracción II, del artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales y el 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues en mi opinión de no mediar por escrito esas “instrucciones”, la actuación no es válida.

Ahora bien, en el supuesto de que se le encomiende tomar la declaración a los testigos, la Policía Judicial Federal tendría la obligación de actuar con respeto a los derechos humanos, los tratados internacionales y a las normas que rijan esas actuaciones, según se advierte de la última parte del citado artículo 21 de la LOPGR; lo que quiere decir, que la diligencia se deberá de llevar a cabo con la formalidad establecida en la Ley de la Materia; y siendo así, tiene que observar en todo momento las reglas establecidas para la prueba testimonial que se encuentran establecidas del artículo 240 a 257 del Código Federal de Procedimientos Penales; además de que, por iguales razones necesariamente debe aplicar el contenido del numeral 127 bis, del mismo Ordenamiento Legal, que es el motivo de estudio de este trabajo y que contempla el derecho de toda persona que tenga que rendir declaración en los casos del artículo 124 y 125 de CFPP, a estar asistida por abogado nombrado por éstas; entre los que obviamente están los testigos.

Bajo esta perspectiva, podemos concluir que también la Policía Federal Investigadora puede examinar testigos siempre y cuando haya recibido la encomienda del Ministerio Público para ello.

3.- Otras autoridades auxiliares del Ministerio Público Federal

El artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹³¹, establece quienes son auxiliares del Ministerio Público Federal, y los divide en directos y suplementarios:

“Art. 20.- Son auxiliares del Ministerio Público de la Federación:

¹³¹ Op. cit. 29 p.

I. Directos, y por lo mismo se integran a la Institución:

- a) La policía federal investigadora;
- b) Los servicios periciales.

II. Suplementarios:

- a) La Policía Federal Preventiva.
- b) Los Agentes del Ministerio Público del fuero común y de las Policías en el Distrito Federal, en los Estados integrantes de la Federación y en los Municipios, así como los peritos, en las instituciones de procuración de justicia de la entidades federativas, en los términos de las disposiciones legales aplicables y los acuerdos respectivos;
- c) El personal del Servicio Exterior Mexicano acreditado en el extranjero;
- d) Los capitanes, patronos o encargados de naves o aeronaves nacionales; y
- e) Los funcionarios de las dependencias de la Administración Pública Federal, en términos de las disposiciones aplicables.

El Ministerio Público de la Federación ordenará la actividad de los auxiliares suplementarios, en lo que corresponde exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la Institución.”

Como se ve, dentro de los directos se encuentra la Policía Federal Investigadora y los Servicios Periciales, los que incluso se consideran como parte de la Institución del Ministerio Público, y de los cuales ya vimos que la primera de las dependencias, está facultada para examinar testigos previa la instrucción por escrito del Fiscal Investigador.

No obstante que de los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que los funcionarios auxiliares del Representante Social podrán recabar diligencias de averiguación previa, en mi opinión, los servicios periciales aunque están catalogados con ese carácter su función se constriñe únicamente a realizar el examen de personas, hechos u objetos que requieran conocimientos especiales, de acuerdo con lo previsto en el diverso 220 de CFPP¹³², que refiere *“Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos, se requieran conocimientos especiales se procederá con intervención de peritos”*

¹³² Op. cit. 248-249 ps.

Lo anterior se corrobora con el contenido del numeral 22 de la LOPGR, que establece:

Art. 22.- Los peritos actuarán bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público de la Federación, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de criterio que les corresponde en el estudio de los asuntos que se sometan a su dictamen.

Es decir, en atención a la naturaleza de las funciones de los Servicios Periciales, que radica esencialmente en emitir los dictámenes correspondientes que se le han encargado, quedan descartados para examinar testigos respecto a los hechos delictuosos a través de un testimonio, pues no obstante que la prueba pericial también puede versar sobre el examen de una persona, ello debe entenderse que es desde el punto de vista físico, psíquico, etc; pero no para recabarles su declaración.

Ahora bien, respecto a los auxiliares complementarios a que se refiere la fracción II, del artículo 20 de la LOPGR, debo considerar que sí están facultados para examinar testigos tomando en cuenta que su actuación se realiza en circunstancias especiales comúnmente porque no existe Agente del Ministerio Público Federal en el lugar en que se suscitaron los acontecimientos delictuosos, como lo podría ser, a bordo de un barco o de una aeronave nacionales, en una embajada de México en el extranjero, etc.

En relación con el comentario anterior vale la pena mencionar el pensamiento del autor Manuel Rivera Silva¹³³ cuando se refiere a la función de los órganos auxiliares del Ministerio Público Federal, de la forma siguiente:

“...La creación de auxiliares obedece a la imposibilidad de que existan Agentes en todos los lugares en que se pueden cometer delitos de carácter

¹³³ Manuel Rivera Silva. Op. cit. 127 p.

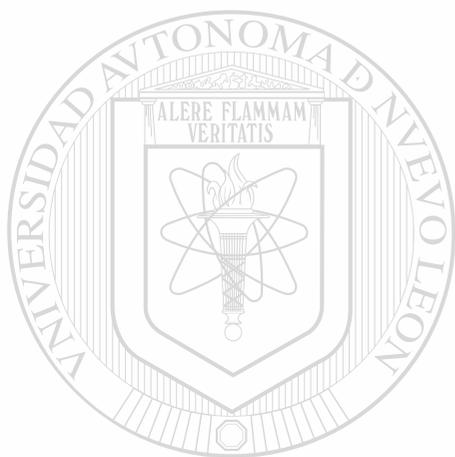
federal; más dichos auxiliares actúan como tales, o sea, como sujetos que ayudan en tanto que es necesario proceder de inmediato y no hay Ministerio Público que lo haga. La exégesis cuidadosa del artículo 14 afirma la idea señalada en tanto obliga en unos casos (el de los Cónsules y Vicecónsules mexicanos en el extranjero, y el de los capitanes y patrones o encargados de naves o aeronaves nacionales, etc.) a dar aviso de inmediato al Ministerio Público de la averiguación que inicia, a efecto de que éste ordene las diligencias conducentes o se avoque desde luego al conocimiento del asunto, debiéndosele dar este aviso dentro del plazo de 24 horas siguientes al conocimiento del caso;...”

Cabe mencionar que el autor se refiere al artículo 14 de la LOPGR; sin embargo debido a la reforma de esta Ley en el año de 1999, pasó a ser el número 19, ya citado; por lo que sus ideas son aplicables al caso de que se trata.

Así las cosas, de acuerdo con lo que expone Rivera Silva la función de los auxiliares suplementarios se da en circunstancias especiales en las que se requiere actuar de inmediato y no hay Agente del Ministerio Público en el lugar; y en mi opinión, esto se actualiza precisamente para suspender los efectos del delito, asegurar al posible indiciado en el caso de flagrancia, atender a la víctima, evitar que se pierdan y destruyan pruebas, indagar qué personas fueron testigos y tomar las medidas necesarias para lograr una adecuada integración de la averiguación previa, en términos de los que disponen los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales; pero también considero que lo anterior solo tendría lugar en el caso de ilícitos que se persigan de oficio, pues en caso de que fueran de aquellos que son a instancia de parte ofendida, será necesaria la previa presentación de la querrela respectiva para proceder, como lo dispone el segundo párrafo, del citado artículo 123.

Con relación a lo anterior, no omito considerar lo previsto en el último párrafo, del artículo 20 de la LOPGR, que dice: “...*El Ministerio Público de la Federación ordenará la actividad de los auxiliares suplementarios, en lo que corresponde exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la Institución.*”

De esta disposición legal podemos inferir que los órganos auxiliares deben poner en conocimiento del Ministerio Público la comisión del delito, de forma inmediata, para que éste disponga cuáles son las diligencias que se deberán recabar en auxilio de dicha Institución, respecto de lo que debe estimarse que para recabar cualquier diligencia de averiguación previa, entre ellas, las declaraciones de testigos, en todo caso, deberá mediar la instrucción expresa del Representante Social.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

IX.- FACULTADES DE LAS AUTORIDADES INVESTIGADORAS PARA EXAMINAR AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.- La facultad del Ministerio Público Federal para citar al testigo a rendir declaración.

En el capítulo VII de esta investigación, quedó establecido que el Ministerio Público de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, desde los primeros instantes de haberse cometido el hecho delictivos está facultado para indagar qué personas fueron testigos, sus nombres y domicilios; y por supuesto recabar la declaración de los que estén presentes cuyos dichos sean más importantes.

Así las cosas, de aquellos a quienes no se les haya podido recabar su testimonio, y en base a la información que se obtuvo respecto al nombre y domicilio de los testigos, el Ministerio Público está facultado para citarlo de acuerdo con lo que prevé el artículo 125, que está redactado de la siguiente forma:

“Art. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.”

Según se advierte del texto del precepto legal citado, la facultad del Representante Social para citar al testigo es potestativa al establecer los vocablos “podrá citar”; lo que quiere decir, que queda a su estimación el llamamiento o no de un testigo para que rinda su declaración.

En virtud de lo anterior, considero que el Ministerio Público podrá citar a una persona para que declare siempre y cuando haya participado en los hechos que se investigan o aparezca tenga datos sobre los mismos; en otras palabras, si de las constancias del expediente no se desprende ninguna de las anteriores hipótesis no existe motivo ni razón legal para llamar a comparecer alguien con el carácter de testigo o de indiciado, pues este último concepto (indiciado) tiene que ver con la figura de la participación delictiva propiamente a que se refiere el artículo en comentario.

Sobre el particular, conviene aludir al comentario del autor César Obed Flores Martínez¹³⁴, cuando dice: *“Para que quede agotada la averiguación previa, el legislador ha dotado de facultades amplias al Ministerio Público de la Federación, tal como se dispone en el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando el representante social federal considere a su prudente arbitrio citar a cualquier persona que por cualquier motivo participen en ellos o tengan datos sobre los mismos.”*

Ahora bien, ya vimos anteriormente, que las disposiciones del Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Penales relativas a la “Prueba”, pueden ser también aplicadas en lo conducente por el Agente del Ministerio Público en la averiguación previa, según se advierte del diverso 132 del mismo Ordenamiento Legal.

Luego entonces, tenemos que aludir en este apartado al artículo 240 del CFPP, que también establece la facultad del Representante Social de hacer comparecer al testigo cuyo examen haya solicitado alguna de las partes.

¹³⁴ César Obed Flores Martínez. La actuación del Ministerio Público de la Federación en el Procedimiento Penal Mexicano. O.G.S. Editores, S.A. de C.V., México, 1997. 32 p.

Art. 240.- El tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.

Así las cosas, si alguna de las partes como lo serían el ofendido, el indiciado o su defensor en la fase indagatoria, solicitan la declaración de un testigo el Ministerio Público no podrá dejar de examinarlo, lo que se convierte prácticamente en una obligación para la autoridad investigadora; sin embargo, en mi criterio, el que pretenda pedir que una determinada persona comparezca a rendir declaración deberá exponer el motivo por el que considera que debe citarse; es decir, por qué tiene la calidad de testigo y cuál es la relación de causalidad con el hecho que se investiga; dado que de no hacerse así, se estaría dejando al arbitrio de la partes la calificación respecto a si determinada persona tiene en realidad la calidad de testigo o no.

En todo caso, deberá prevalecer el contenido del artículo 125 en estudio, cuando dice: *"...a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación."*

En efecto, no obstante la petición de alguna de las partes, el Ministerio Público debe exigir cuando menos una razón lógica y fundada de que la persona cuya declaración se solicita pueda tener datos sobre el hechos que indaga, ya para justificar los elementos del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, como para la inexistencia de estas últimas dos figuras jurídicas.

Esto es así, porque en rigor, la autoridad investigadora está obligada también a asentar en el acta de la declaración quién fue la persona que mencionó a la que haya de citarse, o porque motivo el funcionario estimó conveniente hacer la citación.

En resumidas cuentas, debe estar justificado legalmente el motivo de la cita, atendiendo al principio de que toda actuación de la autoridad deberá estar fundada y motivada, pues de lo contrario, implicaría un ilegal acto de molestia para el sujeto que se pretende llamar a declarar, prohibido por el artículo 16 de la Constitución General de la República.

En la práctica es común ver que el Ministerio Público le basta que alguna de las partes le solicite el testimonio de alguien para acceder a su petición y enviarle la cédula citatoria correspondiente sin que exista de por medio el señalamiento de la relación de causalidad entre el testigo que se requiere y el hecho presuntamente delictuoso; es decir, si lo presenció o tiene algún dato respecto a la persona o cómplices del delincuente; o bien, si puede proporcionar alguna información relacionada con la inexistencia del delito; lo que me parece incorrecto ya que ello solo generaría la posibilidad de que las partes pudieran hacer comparecer a través de la autoridad a cualquier persona de acuerdo a la conveniencia de sus pretensiones.

Insisto, en la solicitud verbal o por escrito debe exponerse la causa por la cual consideran que determinado individuo tiene la calidad de testigo -de cargo o de descargo- para el efecto de que el Ministerio Público pueda estar en aptitud de cumplir con el requisito de asentar en el acta de la declaración cuál es motivo por el que se le mandó llamar, en atención a lo que dispone el referido artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que constituye también un derecho del testigo para conocer sobre lo que se le pretende interrogar y no omita manifestar hecho alguno respecto ello so pena de incurrir en delito Vid. *Infra* p. 219-228; y de saber si tiene algún impedimento legal para hacerlo de acuerdo con lo previsto por el diverso 243 del CFPP Vid. *Infra* p. 183.

2.- La facultad del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora para interrogar al testigo.

En México, la facultad del Ministerio Público y de la Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal Investigadora) para interrogar al testigo, es inherente a su función investigadora del delito y del delincuente emanada del propio artículo 21 de la Constitución General de la República y se actualiza en el momento mismo en que tienen conocimiento de la posible comisión de un ilícito; lo que significa que también se deriva de lo establecido en los diversos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el acta de averiguación previa que regula la última de las disposiciones legales indicadas, y que ya han sido motivo de análisis en el capítulo VII, de este trabajo.

Un ejemplo de leyes de procedimientos penales en el mundo, es la de Colombia, en la que también existe la figura del Ministerio Público y está facultado para interrogar testigos, según lo expone Orlando Alfonso Rodríguez¹³⁵ de la siguiente forma: *“El Ministerio Público, mediante sus personeros y en cumplimiento de sus funciones legales, interviene en el proceso con el fin de lograr pronta y cumplida justicia en representación de la sociedad. Puede intervenir en todas las diligencias penales interrogando testigos.”*

Ahora bien, ¿De qué forma puede el Ministerio Público y la Policía Federal Investigadora ejercer esa facultad?, la respuesta lógica sería a través del interrogatorio que se concibe como una serie de preguntas encaminadas a obtener toda la información que tenga el testigo sobre el hecho delictuoso y de sus posibles autores y cómplices; esto último sería lo idóneo; sin embargo, en la práctica comúnmente sucede que la autoridad investigadora recurre a la forma del relato; es decir, -sin que medie pregunta alguna- se espera que el testigo diga lo que sabe y en

muchas de las veces lo hace sin un orden lógico y cronológico, lo que provoca regularmente que no sean del todo claras sino más bien confusas.

Según las ideas del autor Carlos Barragán Salvatierra¹³⁶, la entrevista es el método que se utiliza con los testigos en el lugar de los hechos por parte de la policía judicial, y lo refiere así:

“...Tanto la entrevista como el interrogatorio resultan parte complementaria en la investigación del delito y comprobación de la probable responsabilidad de una persona.

La entrevista es conversación entre dos personas y tiene por objeto recoger datos que se relacionan con la investigación para apoyar o corroborar pruebas materiales u otras fuentes de datos. Se utiliza generalmente con los testigos y en el lugar de los hechos, realizándola el agente de la policía judicial.

El interrogatorio es la serie de preguntas que se dirigen a una persona que se inculpa.

Asimismo, en materia procesal penal, el interrogatorio es el conjunto de preguntas formuladas sistemáticamente, las cuales se hacen al inculpado en relación con los hechos...”

Como se ve, Barragán Salvatierra se refiere a la entrevista como la conversación entre dos personas —obviamente entre el agente policiaco y el testigo— con el objeto de obtener datos relacionados con los hechos que en ese momento se están investigando; sin embargo, es claro que no se está refiriendo propiamente a la declaración testimonial sino que sus comentarios más bien se refieren a los informes de policía, que son considerados como prueba documental tal y como lo vimos en el capítulo VII, de esta investigación.

En otras palabras, la entrevista no podrá ser considerada como un medio de convicción obtenido con la formalidad que implica la testimonial que se regula del artículo 240 al 257 del Código Federal de Procedimientos Penales; por lo tanto, sólo

¹³⁵ Orlando Rodríguez Alfonso. Op. cit. 12 p.

¹³⁶ Carlos Barragán Salvatierra. Op. cit. 279-281 ps.

sería considerada como parte del contenido del documento que constituye el informe de la policía.

Pero además, no podemos dejar de considerar que en el capítulo VIII quedó establecido que la Policía Federal Investigadora sí está en aptitud de recabar las declaraciones de los testigos porque es una de las diligencias de averiguación previa que puede encomendarle el Ministerio Público mediante una instrucción por escrito y atendiendo a las circunstancias especiales del caso, por tratarse de un órgano auxiliar en la función de aquel; pero necesariamente tendrá que ser con las formalidades de la prueba testimonial, pues de otro modo, sólo estaríamos en el caso de informes de la policía; es decir, el documento como tal.

El mismo autor Carlos Barragán Salvatierra cuando realiza el estudio de la prueba testimonial dice que las formas de interrogar pueden ser con base en narraciones o por una serie de preguntas y respuestas; y explica en que consiste cada uno en los siguientes términos:

"Los interrogatorios también podrán hacerse en el lugar de los hechos del delito en casos urgentes, o cuando los participantes del delito estén presentes, y el delito acaba de cometerse.

Las formas de interrogar pueden ser con base en narraciones o por una serie de preguntas y respuestas.

La narración es un método o forma de interrogar que consiste en dejar que el sujeto cuente la historia a su manera, es decir, hay que dejarlo hablar libremente. Dicho método se basa en el supuesto de que el sujeto estará dispuesto a externar la verdad. Pero el interrogador deberá observar con sentido crítico todas las circunstancias y todas las palabras, debe registrar las acciones o expresiones que circunden la exposición del interrogado.

La serie de preguntas y respuestas, se dirigen de la siguiente manera:

1. Hacer preguntas precisas, breves y concretas.
2. Hacer una pregunta a la vez.
3. Evitar que la contestación vaya implícita con otra pregunta.
4. No emplear palabras repulsivas.
5. No prolongar la fase de interrogatorio una vez terminado."

No obstante la opinión del autor mencionado, en mi criterio, no existe en la Ley –particularmente en el Código Federal de Procedimientos Penales- el método de examinar testigos mediante la narración y dejarlo que cuente su historia a su manera.

Por el contrario, del contenido del artículo 127 bis, del CFPP, se deduce que la forma de interrogar al testigo o al indiciado, según sea el caso, es a través del interrogatorio mediante la formulación de preguntas y respuestas, al establecer dicho dispositivo legal:

“Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado **podrá impugnar las preguntas** que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las **respuestas de su asistido.**”

Respecto a lo anterior podemos comentar que, si desde el momento mismo en que se tenga conocimiento de la comisión del delito, el Ministerio Público de la Federación y la Policía Federal Investigadora tienen la facultad de examinar a los testigos presentes, en el acta de averiguación previa a que se refiere el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales; y si tomamos en cuenta que las declaraciones que se recaben con base en lo que dispone este último numeral, son consideradas por el mencionado 127 bis de igual Código, que prevé que el abogado que asista al declarante en su declaración podrá impugnar las preguntas que se le hagan si son inconducentes o contra derecho; quiere decir entonces, que la única forma de examinar al testigo en la fase indagatoria, es mediante el interrogatorio consistente en la pregunta que haga la autoridad investigadora y la respuesta dada por el interrogado, pues sólo así, se podría dar cumplimiento al último de los artículos mencionados.

Es evidente que si se recurre al método del relato libre del testigo -sin preguntas de por medio- ello dificultaría la asistencia del abogado al declarante, pues

no tendría la oportunidad de conocer la intención del Ministerio Público sobre lo que en específico pretende saber del testigo; y por ende, objetar en su caso las preguntas que a su juicio sean inconducentes o contra derecho.

Además, pienso que el interrogatorio de la autoridad investigadora le proporciona seguridad jurídica al testigo en el sentido de que de esta manera legalmente se puede considerar que el declarante dijo todo lo que sabe sobre los hechos delictuosos, puesto que lógicamente el Representante Social lo tendrá a su disposición por el todo el tiempo que sea necesario interrogarlo.

Caso contrario sucedería mediante el método de la narración porque en éste puede suceder que el testigo sin dolo alguno no recuerde en el momento de su deposición algunos datos o accidentes del hecho; lo que podría generar que posteriormente el Ministerio Público considere que le ocultó información o faltó a la verdad y le inicie ahora una averiguación al declarante por el delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, a que se refiere el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal¹³⁷, que será motivo de estudio en el capítulo XII Vid. Infra p. 228.

En atención a lo anterior, en mi opinión, es función del abogado que asista al testigo en su declaración exigir al Agente Ministerio Público que interroque al testigo mediante las preguntas que él considere necesarias para que de esta manera se evite que el testigo pueda incurrir en alguna omisión que posteriormente le podría generar consecuencia respecto a su persona como lo sería ser considerado indiciado del delito antes citado; o incluso autoincriminarse lo que le provocaría pasar de testigo a inculpado en su propia declaración.

También es común que en la práctica de las diligencias sobre las declaraciones de los testigos concluyan con la siguiente frase "*Que es todo lo que el*

declarante tiene que decir”, arrojando al testigo la responsabilidad de que al Ministerio Público se le dijo todo lo que sabe; lo que me parece contradictorio con la función de tal Institución porque es a ésta a quien le interesa conocer la información que posee; por lo que es a la que le corresponde interrogar y al finalizar el acta asentar *“Que es todo lo que tiene que interrogar el Ministerio Público”*; y así de esta manera si en un momento dado se considerara que al testigo no se le interrogó sobre algún aspecto determinado, en todo caso, se le cite nuevamente para que aclare dicho punto, pero de ninguna manera se le podrá imputar que dolosamente ocultó información porque ello se descarta al haber estado sometido al cuestionamiento de la autoridad investigadora, quien se supone lo examinó en forma completa.

3.- ¿Sobre qué debe versar el interrogatorio al testigo?

Este cuestionamiento resulta importante para el análisis que se pretende del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, respecto al derecho del testigo de contar con la presencia de un abogado que lo asista en su declaración, pues de acuerdo con el texto del mencionado numeral es necesario considerar qué preguntas son inconducentes o contra derecho; conceptos que serán motivo de estudio en el capítulo XIII Vid. Infra ps. 247-250.

Por esa razón, en mi opinión, debe precisarse cuáles son las preguntas legales que deben hacerse al testigo y de las cuales éste tiene la obligación ineludible de contestar en su declaración, no obstante estar asistido por un experto en derecho, ya que éste tiene como límite de su intervención el de impugnar sólo aquellas interrogantes que sean inconducentes o contra derecho; pero no podrá producir ni inducir las respuestas de su asistido.

¹³⁷ Op. cit. 107-108 ps.

Guillermo Colín Sánchez¹³⁸, en su estudio sobre la declaración del probable autor del delito, establece:

“Es importante llevar a cabo el interrogatorio tomando como bases esenciales del mismo los aspectos positivos o negativos del delito. De esta manera, se formularán las preguntas, en tal forma que conduzcan a precisar si existen los siguientes elementos:

- 1º) Conducta (acción u omisión)...
- 2º) Tipicidad (adecuación de la conducta o hecho al tipo penal preestablecido)...
- 3º) Antijuridicidad (si actúo con violación del derecho)...
- 4º) Imputabilidad (capacidad de entender y de querer)...
- 5º) Inimputabilidad (ausencia de la capacidad de entender y de querer)...
- 6º) Culpabilidad, en cualquiera de sus formas (dolo o culpa)...
- 7º) Inculpabilidad (ausencia de culpabilidad ...)”
- 8º) Punibilidad (consecuencia del delito)...

En el análisis del referido autor también se refiere al testimonio y lo indica de la siguiente manera:

“...Para asegurar la espontaneidad y la sinceridad (por lo menos en teoría) de las contestaciones a las preguntas formuladas, se evitará sean sugestivas o capciosas. Naturalmente toda pregunta dependerá de la naturaleza del asunto en cuestión; ***sin embargo, es necesario tener presente que se está investigando un delito, quién lo cometió y bajo qué circunstancias. De ahí que se deba inquirir, hasta donde sea posible sobre los elementos del delito, los elementos del tipo y el autor de la conducta o hecho.***”

En el mismo sentido se expresa Carlos Barragán Salvatierra, al establecer: *“Es importante llevar a cabo el interrogatorio a partir de los elementos positivos o negativos del delito;...”*

Al respecto Carlos Franco Sodí¹³⁹ dice: *“(...) En general la declaración del testigo debe referirse, como ya lo expuse, al delito y sus circunstancias, sus*

¹³⁸ Guillermo Colín Sánchez. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 7ª ed. Ed. Porrúa, México, 1981. 332, 333 y 361 ps.

¹³⁹ Carlos Franco Sodí. Op. cit.

antecedentes o consecuencias, y al daño causado, así como puede y debe referirse también a la persona del o de los imputados y del o de las víctimas.”

Por su parte, Manuel Rivera Silva¹⁴⁰ refiere: *“Después de asentadas las generales y los otros datos mencionados, principia el testimonio en estricto sentido, o sea, el relato de todo lo que se sabe vinculado con el delito, sus circunstancias o las personas que en él intervinieron.”*

Las opiniones de los destacados tratadistas mencionados, coinciden en que el interrogatorio que se haga al testigo deberá versar invariablemente sobre los elementos del delito y la persona del delincuente.

Sin embargo, en mi concepto, para establecer la materia sobre lo que debe versar el interrogatorio al testigo, es indispensable tomar en cuenta la definición que se ha dado sobre dicho personaje en el capítulo III, a fin de encuadrar qué tipo de cuestionamientos son idóneos y legales en su declaración; por lo que me permito reproducir los razonamientos vertidos en el referido apartado:

“El testigo es toda persona física ajena a la controversia, que directa o indirectamente tuvo conocimiento de los hechos delictuosos, no sólo respecto a la conducta antijurídica (acción u omisión) de los autores, sino también respecto a sus efectos, de los objetos relacionados con éste y de todo aquello que pudiera estar ligado con el suceso antisocial, siempre y cuando esa noción la haya adquirido personalmente a través de sus sentidos; y que reproduce su experiencia por conducto de su relato a la autoridad investigadora o a la jurisdiccional, según sea el caso, en el que deberá expresar las condiciones objetivas de lugar, tiempo y modo de cómo se enteró de tal evento.”

Así las cosas, considerando tales razonamientos me atrevo a sostener que todas aquellas preguntas que le pretenda hacer la autoridad investigadora al testigo deben ser sobre hechos ajenos a su persona; es decir, no propios.

En efecto, si bien el interrogatorio podrá versar sobre los elementos del delito y del delincuente; además a todo aquello que pudiera estar relacionado con el injusto; lo cierto es; que siempre será en el sentido de que el testigo refiera hechos desligados de su persona; lo que desde mi punto de vista, es el cuestionamiento conducente y legal que debe prevalecer; y ante el cual, el testigo está obligado a responder y en caso de que un abogado lo asista en su declaración, en términos de lo que dispone el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y pretenda impugnar este tipo de preguntas, el Ministerio Público deberá desechar su solicitud porque en este sentido el testimonio no puede ser materia de una abstención y si lo hace se arriesga a que su asistido sea acusado de desobediencia a un mandato de autoridad.

El problema se presenta cuando el Representante Social intenta interrogar al testigo sobre hechos propios; es decir, que su intención es descubrir su probable participación en la conducta delictiva, lo que en mi opinión, es un cuestionamiento inconducente porque no es idóneo al carácter de testigo que tiene el declarante, quien en todo caso debe ser cuestionado sobre actos desligados de su persona; o sea, que relate un hecho ajeno que fue presenciado por él.

Así las cosas, una pregunta contra derecho o ilegal, sería aquella que tiene la intención de obtener como respuesta el reconocimiento del testigo en la comisión del delito, dado que con ello se pretende conseguir una confesión que no se ajusta a las formalidades establecidas para este tipo de prueba, cuyo valor probatorio estaría en discusión porque se obtiene bajo condiciones de confusión respecto a la situación procesal del declarante quien al ser informado que tiene la calidad de testigo cree estar obligado a responder todas las preguntas que le haga la autoridad; y esto tendría que tomarse en cuenta al valorar la actuación en el sentido de que esa

¹⁴⁰ Manuel Rivera Silva. Op. cit. 252-253 ps.

supuesta confesión fue recabada presionado por las circunstancias de sentirse comprometido a responder todo y en una apariencia legal.

4.- Facultades del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora con relación al testigo en el caso de la comisión de un delito que se persigue de oficio.

Esta actividad del Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, entre ellos, la Policía Federal Investigadora, está basada en el principio de oficiosidad que a su vez tiene su razón de ser en el interés que tiene la sociedad de que ciertos delitos sean perseguidos inmediatamente en el momento que se tenga conocimiento de ellos; así se desprende del contenido del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, como se advierte del texto del numeral en comentario, la autoridad investigadora deberá proceder de inmediato a adoptar las medidas que dicha norma procesal le indica, entre ellas, la de saber qué personas fueron testigos.

Pero su función no sólo se limita a indagar qué personas tienen la calidad de testigos, sino que además, si están presentes debe proceder a recabar su declaración; así como recabar los nombres y domicilios de los que no haya podido obtener su declaración, así se desprende del artículo 124 del CFPP.

El proceder oficioso reviste una característica sustancial consistente en que el ilícito del cual se informa a la autoridad investigadora, sea de aquellos que se persiguen de oficio; es decir, en los que el Estado es el principal interesado no solo de que se investiguen sino también de que se castiguen mediante una sentencia condenatoria.

¿Pero cuáles son esos delitos que se persiguen de oficio y que le obligan al Ministerio Público Federal y a sus auxiliares a actuar inmediatamente?

Por citar un ejemplo, mencionaré el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁴¹, que contiene un listado de delitos a los que la Ley Penal considera como graves porque afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, y son los siguientes:

“Art. 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- 4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
- 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y

170;

11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;

12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;

13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 bis;

14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;

15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;

16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;

17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;

18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;

19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

¹⁴¹ Op. cit 239-242 ps.

20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;

21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;

22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

23) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;

24) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;

25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;

26) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;

27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;

28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;

29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

30) Los previstos en el artículo 377;

31) Extorsión, previsto en el artículo 390;

32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y

32) Bis Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.

33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84, y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111, 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.”

Es obvio que no todos los delitos que se persiguen de oficio son graves, pues a lo largo del Código Penal Federal existen múltiples tipos que no tienen esa característica; sin embargo, es oportuno mencionarlos para establecer una referencia

de los casos en los que invariablemente el Ministerio Público tiene el deber de actuar en forma inmediata conforme se lo ordenan los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos.

Sobre el tema de que se trata, el autor Rafael Pérez Palma¹⁴² apunta:

“El Ministerio Público o la Policía Judicial, ante la presencia del delito, digamos un cadáver o un lesionado en la vía pública o en el interior de una casa habitación, un paquete de drogas encontrado en el equipaje de un pasajero, un vehículo estrellado contra un semáforo o un poste de alumbrado público, no espera denuncia, ni acusación, sino que procede oficiosamente y de inmediato a la investigación del delito con objeto de asegurar sus huellas, sus vestigios, las armas e instrumentos; de ser posible, realiza las detenciones a que el caso dé lugar o práctica en lugares privados, las diligencias a que se ve obligado. De no proceder en esta forma la investigación del delito resultaría imposible, facilitaría la huida de los responsables, fomentaría la impunidad, y la sociedad o sus miembros se verían en continua inseguridad. La Iniciación oficiosa del procedimiento es pues una necesidad incuestionable, aun corriendo el riesgo de que por esa actividad, se violenten momentáneamente las garantías de libertad individual o de respeto al domicilio. No habrá quien en esos momentos piense en las órdenes escritas de la autoridad judicial, fundadas y motivadas, que justifiquen la causa legal del procedimiento, pues lo que se requiere es actuar y actuar eficazmente; lo que la sociedad exige para su propia seguridad es la intervención de sus organismos policíacos, sin miramientos y sin consideraciones legalistas.”

No estoy de acuerdo con lo que refiere el autor en relación a que en [®] tratándose de la prosecución oficiosa se corre el riesgo de que por esa actividad se violen momentáneamente las garantías de libertad individual o de respeto al domicilio; en primer lugar, porque me parece que el comentario es ambiguo y general, pues si lo tomamos en sus términos también se correría el riesgo de caer en métodos inquisitivos que se supone quedaron atrás.

Pienso que en lugar de tratar de justificar la actuación del Ministerio Público y de la policía a efecto de que de cualquier modo logren su objetivo, deberíamos pugnar por encontrar el punto de equilibrio entre conseguir una adecuada

¹⁴² Rafael Pérez Palma. Op. cit. 322 p.

investigación del delito y del delincuente; pero además y en forma simultánea, el respeto a las garantías individuales de los gobernados. La autoridad debe estar preparada para cumplir con ambas funciones en el marco de la legalidad, ya que si aceptáramos por un momento de que en aras de la procuración de justicia se violentaran los derechos fundamentales ello sólo provocaría retroceder en el tiempo y que nuestras corporaciones policiacas no buscaran día con día nuevas formas de investigación y elementos que proporciona la ciencia para combatir y prevenir el delito, que en mi opinión, es de lo que carecen nuestras autoridades investigadoras.

Ahora bien, las facultades que tiene el Ministerio Público Federal y sus auxiliares con relación al testigo en el caso de la comisión de un delito de oficio, es la de obrar en el sentido de indagar qué personas tienen ese carácter y proceder a recabar su declaración a través del interrogatorio respectivo, por lo que, en mi opinión desde este momento de la investigación opera el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; es decir, el testigo tiene el derecho a nombrar un abogado para que lo asista en su declaración, ya que desde entonces, será objeto de preguntas por parte de la autoridad investigadora; y en esas condiciones, el experto en leyes podrá impugnar aquellas que considere inconducentes o contra derecho.

En razón de lo anterior pienso, que no obstante que está de por medio el interés social de que se persigan y castiguen ciertos tipos de conductas antijurídicas; ello no es obstáculo para que se respeten las garantías individuales y procesales que la Constitución o las leyes secundarias establezcan a favor de las personas que tengan que comparecer ante la autoridad investigadora.

Es aquí donde juega un papel importante la figura del abogado oficial porque si fuera pretexto de que si bien el testigo tiene el derecho a designar un abogado para que lo asista, y si por la celeridad con la que implica llevar a cabo las diligencias de averiguación previa; además del lugar y la hora en que se tiene conocimiento de

la comisión de un delito que se persigue de oficio, no pudiera nombrar a un letrado particular; en mi opinión, ese derecho no se puede coartar por ese motivo, ya que es de explorada justicia que siempre habrá disponible un defensor público proporcionado por el Estado, en cuyo caso no encuentro impedimento legal para que al testigo se le haga saber esa situación y esté en aptitud de hacer la designación respectiva, salvo que sea su voluntad no hacerlo, de lo que deberá quedar constancia en el acta de su declaración, dado que el artículo 127 bis en comentario, no exige que tenga que ser un abogado particular el que acompañe al declarante.

5.- Facultades del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora con relación al testigo en el caso de la comisión de un delito que se persigue previa querella.

El segundo párrafo, del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone lo siguiente:

“...Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querella, si ésta ha sido formulada...”

La anterior disposición legal condiciona la actividad del Ministerio Público; y en su caso, de sus auxiliares, de proceder en la forma que lo disponen los artículos 123 y 124 del CFPP, a la presentación de la querella cuando se trata de delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima.

Es decir, establece un requisito de procedibilidad previo para estar en aptitud de comenzar la investigación de la posible comisión del ilícito, pues aún cuando tuviera conocimiento inmediato del hecho delictuoso, en todo caso, siempre requerirá de la presentación de la querella, escrita o verbal, de quien legalmente justifique ser la persona en la que recayeron los efectos del delito; esto es, el directamente ofendido o víctima del injusto, quien ha visto vulnerada su integridad física, su patrimonio, su honor, etc.

En el mismo sentido son las ideas del autor Rafael Pérez Palma sobre el punto tratado, pues expone: *“La excepción es el caso de los delitos privados que requieren de querrela y en los que el Ministerio Público no puede intervenir sino a petición de la parte ofendida, aunque ante él sea patente y evidente la materialidad del delito.”*

El segundo párrafo del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, tiene relación con el diverso 113 del mismo Ordenamiento Legal, que prevé las excepciones a la procedencia oficiosa de la autoridad investigadora para indagar sobre el delito y el delinciente. Este último numeral establece lo siguiente:

“Art. 113.- El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

Quando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente.”

Como se ve, la fracción I, del artículo en comentario, se refiere a que el Ministerio Público Investigador y sus auxiliares, no pueden proceder de oficio cuando se trata de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela; esto quiere decir, que resulta necesaria la presentación de la misma para que los Funcionarios Públicos encargados de la realización de la diligencias de averiguación previa, estén en aptitud legal de proceder a hacerlo.

Ahora bien, no puede pasar por alto que la excepción al principio de oficiosidad en la indagación de los sucesos antijurídicos, no sólo radica en los delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte agraviada, en cuyo caso la actividad del Ministerio Público se ve condicionada a la presentación de la querrela, sino que también, es oportuno mencionar, el supuesto jurídico establecido en la fracción II, del citado artículo 113 en estudio, en la que se dispone:

“...II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado...”

De acuerdo con lo anterior, una pregunta obligada es, ¿En qué casos la ley exige algún requisito previo, para que se pueda proceder a la investigación del delito y del delincuente?.

En el Código Penal Federal, específicamente en sus artículos 109 y 112¹⁴³, se hace alusión a requisitos previos que se tienen que cumplir antes de ejercer la acción penal. Estos dispositivos legales establecen lo siguiente:

“Art. 109.- Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de la autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable.”

Art. 112.- Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirá la prescripción.”

Considero que estos dos numerales condicionan la actividad del Ministerio Público, porque de advertirse que para iniciar la investigación del ilícito se requiere que primeramente una diversa autoridad se pronuncie de manera irrevocable sobre una determinada cuestión, necesariamente tiene que esperar a que se de esa situación jurídica para estar en aptitud de comenzar sus funciones indagatorias.

Vamos a suponer que fallece una persona que sufrió la perpetración de un ilícito -por ejemplo- el de abuso de confianza que es de aquellos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, para lo cual, la ley exige la presentación de la querrela para iniciar la indagatoria, según se desprende de los propios artículo 113 y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuyo caso, se requiere que lo haga el directamente afectado, pero como no puede hacerlo por obvias razones, necesariamente lo tendría que hacer una diversa persona en su nombre; por lo que en este caso, es necesario que se cumpla con el requisito de promover la sucesión ante un Juez de lo Familiar para que se nombre albacea y acepte el cargo; y una vez efectuado lo anterior, este último acuda a formular la querrela respectiva.

El último párrafo del artículo 113 del CFPP, establece otra excepción a la procedencia de oficio por parte del Ministerio Público Federal para realizar la investigación de delito; sin embargo, en este supuesto el Representante Social sí tiene actividad en el momento en que se entera de la comisión de un ilícito que requiere de querrela, porque éste tiene a su cargo incitar a la autoridad de la que se necesite ese requisito para que comparezca a cubrirlo, así se desprende del artículo 4º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que dice:

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS
 “Art.4º.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

(...)

Cuando el Ministerio Público de la Federación tenga conocimiento por sí o por conducto de sus auxiliares, de la probable comisión de un delito cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad, lo comunicará por escrito y de inmediato a la autoridad legitimada para presentar la querrela o cumplir el requisito equivalente, a fin de que resuelva con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público de la Federación la determinación que adopten...”

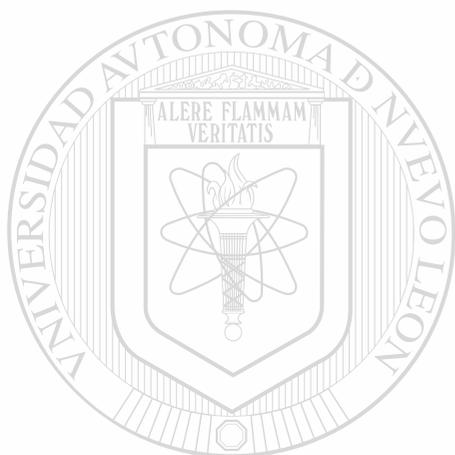
¹⁴³ Op. cit. 43-44 ps.

Así las cosas, una vez efectuado el análisis de las facultades del Ministerio Público de la federación y sus auxiliares, en tratándose del caso de los delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte agraviada, conviene decir, que respecto a esas prerrogativas de la autoridad investigadora con relación al testigo, necesariamente debe considerarse que mientras no se presentó la querrela o se satisfaga el requisito de procedibilidad que exija la Ley, no podrá proceder a indagar qué personas fueron testigos del hechos, como también estará impedido para citarlos y recabar su declaración; por lo tanto, en el eventual caso de que se obtuvieran las anteriores diligencias, estarían afectadas de nulidad porque se llevaron a cabo sin haber sido presentada la querrela que se requiere para el inicio de las actuaciones de averiguación previa, según lo establece el artículo 27 bis del CFPP, que a la letra dice:

“Art. 27 bis.- Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de alguna de las formalidades esenciales que prevenga la ley, de manera que se, cause perjuicio a cualquiera de las partes, así como cuando la ley expresamente determine la nulidad. Esta no podrá ser invocada por quien dio lugar a ella. La nulidad de una actuación se reclamará, por la parte que la promueva, en la actuación subsecuente en que ésta deba intervenir, y se substanciará conforme al procedimiento previsto para los incidentes no especificados. Cuando se resuelva la nulidad del acto, serán igualmente nulas las actuaciones posteriores al acto anulado que se deriven precisamente de éste. Las resoluciones que resuelvan sobre la nulidad invocada, serán apelables con efecto devolutivo.”

En tales condiciones, estimo que también es parte fundamental de la asistencia legal al testigo, el hecho de que el abogado advierta si la investigación se realizan en base a un delito que se persigue de oficio o instancia de parte, porque si se diera el caso de el Ministerio Público está actuando respecto a hechos delictuosos de los cuales se requiere la querrela y ésta no ha sido presentada, el interrogatorio que se pretenda hacer a su asistido tendría el carácter de ser contra derecho, puesto que esa actividad del Representante Social está fuera del marco de la ley, al estar investigando sin haberse colmado previamente el requisito de procedibilidad

mencionado, en términos de lo que disponen los artículos 113 y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

X.- DERECHOS DEL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Decidí buscar en la Ley Procesal Penal en estudio, los diversos derechos que el testigo puede ejercer antes y durante su declaración ante el Ministerio Público de la Federación, pues considero que es parte fundamental de su asistencia legal, ya que si bien del contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que el derecho a ser asistido por un abogado nombrado por él, es durante su testimonio; lo cierto es, que para que pueda ejercer adecuadamente esa facultad que le concede la ley, es importante que antes de su declaración, el experto en leyes le informe sobre todos y cada uno de los derechos que el testigo tiene durante su deposición. Además de hacerle saber los deberes que le resultan de tal status, dado que una vez en desarrollo la diligencia no podrá hacer tal intervención.

1.- El derecho del testigo a no firmar la declaración.

Este derecho del testigo se encuentra establecido en el, tercer párrafo, del artículo 22 del CFPP¹⁴⁴, que dice:

“Art. 22.- Cada diligencia se asentará en acta por separado.

El inculpado, su defensor y en su caso, la persona de su confianza que, el inculpado puede designar, sin que esto último implique exigencia procesal, el ofendido, los peritos y los testigos firmarán al calce del acta en que consten las diligencias en que tomaron parte y al margen de cada una de las hojas donde se asiente aquélla. Si no pudieren firmar, imprimirán al calce y al margen, la huella de alguno de los dedos de la mano, debiéndose indicar en el acta cuál de ellos fue.

Si no quisieren o no pudieren firmar ni imprimir la huella digital, se hará constar el motivo.

El Ministerio Público firmará al calce y, si lo estima conveniente, también al margen.

Si antes de que se pongan las firmas o huellas los comparecientes hicieron alguna modificación o rectificación, se hará constar inmediatamente,

¹⁴⁴ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. Op. cit. 188 p.

expresándose los motivos que dijeron tener para hacerla. Si fuere después, pero antes de retirarse los interesados se asentará la modificación o rectificación en acta que se levantará inmediatamente después de la anterior, y que firmarán los que hayan intervenido en la diligencia.

Como se ve, puede suceder que el testigo no quiera firmar el acta en la que consta su declaración, pues así se desprende de la frase “*Si no quisieren...*”; es decir, el acto de suscribirla o no, dependen del declarante. ¿Pero cuáles pueden ser las causas por las cuales puede suceder que el testigo no quiera signar su declaración?. En mi opinión, esto puede acontecer por múltiples razones, y sólo como ejemplo, me permito señalar el siguiente:

Tradicionalmente la abstención de firmar una actuación se considera como señal de inconformidad de quien declara, incluso en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, se prevé como una manifestación de la voluntad en el sentido de que no se está conforme con el contenido de una resolución, como lo prevé su artículo 376 en el que dispone que si el reo manifiesta su inconformidad, si se niega a firmar o estampar sus huellas digitales, esto se entenderá que no está de acuerdo con la decisión que se le notifica y en ese caso, debe tenerse por interpuesto el recurso que proceda.¹⁴⁵

En el caso de los testigos, los artículos 250 y 254 del CFPP¹⁴⁶, disponen respectivamente que:

“Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo”.

“Concluida la diligencia se leerá al testigo su declaración o la leerá él mismo, si quisiere, para que la ratifique o la enmiende, y después de esto será firmada por el testigo y su acompañante si lo hubiere.”

¹⁴⁵ Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León. Op. cit. 214 p.

¹⁴⁶ Op. cit. 254 p.

Así las cosas, atendiendo al contenido de los numerales en comentario necesariamente tengo que considerar que algunas de las causas por las cuales el testigo decidiera abstenerse de firmar su declaración, es por el hecho de que no se hayan usado sus palabras y la autoridad no haya accedido a corregir el acta; o bien, porque no se le permitió dictar o escribir su relato de los hechos, o enmendarla; actos todos ellos, que atentan contra la voluntad del declarante y que en un momento determinado lo pudieran llevar a decidir no suscribir la actuación por su evidente inconformidad con ésta.

Ahora bien, también tengo que estimar que la función investigadora del Ministerio Público y de sus auxiliares no puede verse interrumpida por la apreciación del testigo en el sentido de que no está de acuerdo con el contenido de su declaración, siempre y cuando respeten en todo momento los derechos que a favor de éste último establece los artículos 250 y 254 del Código de Procedimientos Penales y se asiente en el acta el motivo por el que no quiso firmarla, pues de lo contrario, dicha actuación ministerial sería nula de acuerdo con el artículo 27 bis de igual Ordenamiento Legal¹⁴⁷.

En tales condiciones, por las razones antes apuntadas, considero que es un derecho del testigo no firmar el acta que contiene su declaración cuando ésta no se levanta de acuerdo con las formalidades legales, dado que en todo caso, debe aparecer lo más espontánea posible sin que se vea empañada por alguna manifestación de inconformidad por parte del declarante o del abogado que en su caso lo asista, ya que debe recordarse que la participación del testigo puede traerle como consecuencia la comisión de un delito; por lo que con mayor razón se le debe permitir que ejerza en el acto de su declaración todos los derechos que la ley establece a su favor, pues sería sumamente grave que no se le permitiera leer el acta -por ejemplo- eliminando con ello la posibilidad de que la pudiera enmendar; y luego se le pretendiera acusar de falsedad.

2.- El derecho del testigo a leer el acta de su declaración y hacer modificaciones o rectificaciones antes de firmarla.

El quinto párrafo, del artículo 22 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone: *“Si antes de que se pongan las firmas o huellas los comparecientes hicieron alguna modificación o rectificación, se hará constar inmediatamente, expresándose los motivos que dijeron tener para hacerla.”*

Esta disposición legal revela el derecho del testigo a enmendar su declaración antes de que firme el acta o ponga sus huellas digitales, esta rectificación quedará asentada en la secuencia del texto de la misma diligencia, así como las razones que tuvo para hacerla.

En mi opinión, se deberá asentar también por parte de la autoridad investigadora que el testigo leyó el acta y hace la enmienda de una manera espontánea; es decir, sin que haya sido asesorado por el abogado que lo asiste o por cualquier otro motivo, pues debemos recordar que ningún factor podrá incidir en las respuestas dadas por el declarante, conforme al propio artículo 127 bis del CFPP.

3.- El derecho del testigo a hacer modificaciones o rectificaciones después de firmada su declaración, pero antes de retirarse.

En el mismo quinto párrafo, del artículo 22 del Código Federal de Procedimientos Penales, se prevé el derecho del testigo a enmendar su declaración después de que haya firmado; pero para que pueda ser admitida es necesario que el testigo la haga antes de retirarse del local de la Agencia, no sólo él sino todas aquellas personas que hayan tenido intervención en la diligencia, pues claramente dispone el precepto legal en comentario, *“antes de que se retiren los interesados”*.

¹⁴⁷ Op. cit. 190 p.

Es obvio que la ley prevé esta situación en atención a que una vez que se haya retirado el testigo y posteriormente vuelve ante la autoridad a manifestar que desea hacer alguna rectificación de su declaración, también es diáfano que se presume fundadamente que recibió algún asesoramiento o haya tenido alguna reflexión para desviar el sentido de los hechos.

En este supuesto también pienso que el Ministerio Público debe asentar en el acta la espontaneidad con la que el testigo solicita la enmienda de su declaración antes de retirarse del lugar, lo que deberá cuidar el Representante Social en el sentido de que constate que no haya tenido contacto alguno con su abogado asistente u otra persona que pudiera haber influido en su decisión.

4.- El derecho del testigo a nombrar un traductor cuando no hable o no entienda el idioma español.

Puede suceder que el testigo que presencié el hecho delictuoso no hable o no entienda suficientemente el idioma español, en cuyo caso, se le deberá hacer saber que tiene derecho a nombrar un traductor para que lo asista en la declaración; y en caso de que no lo haga, oficiosamente se le deberá designar a uno o varios, según lo requieran las circunstancias del asunto.

También puede acontecer que la persona provenga de algún grupo étnico de los que existen en nuestro País o porque no, de alguna otra de nuestras naciones hermanas del orbe, en los que comúnmente hablan sus propios dialectos y algunas veces lo hacen con una mezcla del idioma de su respectiva Nación; por lo tanto, en estos casos también deberá hacerse el nombramiento de un traductor.

Sobre la función del intérprete el autor Carlos Franco Sodi¹⁴⁸, dice: *“Esta prueba tiene lugar cuando hay necesidad de traducir el idioma usual el particular empleado por alguna persona que con cualquier carácter declare en el proceso. Tal es el caso del testimonio de extranjeros que ignoran el español, de sordo-mudos que se expresan mímicamente, etc. En esos casos semejantes se designan personas conocedoras del idioma mímico o extranjero de que se trata, y del idioma nuestro, que hacen la versión a este último de lo dicho en el otro. Estas personas se llaman intérpretes.”*

Desde el punto de vista de la ley, esto se advierte del contenido del artículo 28 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁴⁹, que dice:

“Art. 28.- Cuando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio, uno o más traductores, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes, podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el traductor haga la traducción.

Quando no pudiere ser habido un traductor mayor de edad, podrá nombrarse a un menor que haya cumplido quince años.”

El numeral en estudio se refiere al idioma castellano; sin embargo, debo apuntar que el primero (castellano) fue considerado en la antigüedad como el idioma oficial de España y de la América Hispana, pero en la actualidad a pasado a ser sólo una reminiscencia; siendo lo correcto considerar al español como la lengua que se habla en México; por lo tanto, se debería ponderar en una reforma la sustitución del vocablo citado.

En esta hipótesis normativa también se contempla el derecho del testigo a escribir su declaración en el idioma que domina, la que también invariablemente será motivo de traducción al español.

¹⁴⁸ Carlos Franco Sodi. Op. cit. 267 p.

Ahora bien, una característica que debe reunir el traductor es que sea mayor de edad y si no se cuenta con alguien así, podrá nombrarse a un menor de edad siempre y cuando justifique tener quince años al día de la diligencia.

Este es un clásico ejemplo de asistencia al testigo, pues el traductor coadyuva con el declarante a que su deposición sea lo más fiel posible a lo que se ha querido decir.

No pasa desapercibido que este derecho también se establece para el inculpado, el ofendido y los peritos; sin embargo, en el tema de que se trata nos interesa lo concerniente al testigo.

5.- El derecho del testigo a nombrar un intérprete cuando fuere sordomudo.

El deber que se tiene de rendir declaración en calidad de testigo sobre los sucesos presuntamente delictivos, es llevada al extremo por el artículo 31 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁰, pues de acuerdo con este numeral una incapacidad física, como lo es la sordomudez no impide que se cumpla con tal exigencia. Dicho numeral prevé:

“Art. 31.- Si el inculpado, el ofendido o algún testigo fuere sordomudo, se le nombrará como intérprete a una persona que pueda comprenderlo, siempre que sea mayor de catorce años; y en este caso se observará lo dispuesto en los artículos anteriores.

Este es otro ejemplo de asistencia al testigo en su declaración, y cuyo antecedente se remota a la antigüedad, pues recuérdese que en el capítulo I, Vid

¹⁴⁹ Op. cit. 190 p.

¹⁵⁰ Op. cit. 191 p.

Supra p. 5, vimos que en el derecho procesal español, específicamente en el artículo 3º, del real decreto de 11 de septiembre de 1820, ya se establecía una disposición en este sentido.

También en nuestros antecedentes legislativos mexicanos, encontramos la figura del intérprete en la declaración del testigo, tales son los casos, de los artículos 84 y 86, del Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, que analizamos, en el capítulo II, Vid Supra p. 15.

Así las cosas, podemos afirmar que el derecho del testigo a hacer asistido por un intérprete en su declaración cuando sea sordomudo se ha mantenido plasmado en nuestras leyes hasta nuestros días.

A diferencia de lo que se establece en el artículo 28 del CFPP, en el sentido de que el traductor deberá ser una persona mayor de edad, y en caso de que no se den estas condiciones, podrá ser un menor de edad que haya cumplido quince años; el diverso 31 en estudio, sólo exige que el intérprete sea una persona mayor de catorce años; es decir, baja el rango de la edad seguramente para tener más posibilidades de que se desahogue la prueba, ya que es mucho más difícil encontrar un intérprete que a un traductor.

6.- El derecho del testigo a impugnar el medio de apremio.

La facultad del Ministerio Público de la Federación para hacer cumplir sus determinaciones a través de los medios de apremio en la averiguación previa, está contemplada en el artículo 44 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵¹, que es del tenor siguiente:

¹⁵¹ Op. cit. 193. p.

“Art. 44.- El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio:

I.-Multa por el equivalente a entre uno y treinta días de salario mínimo, vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingreso;

II.-Auxilio de la fuerza pública; y

III.-Arresto hasta de treinta y seis horas.”

Así las cosas, partiendo de la base de que el testigo está obligado a declarar respecto a los hechos que la autoridad investigadora indaga, tal y como lo dispone el diverso 242 del CFPP, necesariamente se tiene que estimar que una vez que el Representante Social ha decidido citar a un persona como testigo para que informe lo que sabe sobre el delito, obviamente en una resolución fundada y motivada, si no acude a la primera citación sin causa justificada, el Juez ordenará que sea presentado a declarar (Recuérdese que el artículo 242 también lo puede aplicar el MPF por disposición expresa del 132 del CFPP); y esto último puede tener como consecuencia que sea compelido a hacerlo a través de los medios de apremio que enumera el artículo 44 del Código Federal de Procedimientos Penales.

“Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.”

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desecharamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. ***Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.***

Si bien es cierto, que al testigo se le considera como un tercero extraño a la controversia, porque en esencia declara sobre hechos ajenos y no propios, en mi opinión, no por esa situación procesal queda inerte ante los actos de la autoridad que lo ha requerido, pues en su calidad de gobernado y de sujeto susceptible de que sean vulneradas su garantías individuales, está en aptitud de recurrir al juicio de amparo para combatir -si así lo considera- la resolución que ordena el medio de

apremio en su contra, ya sea porque la considere inconstitucional; o bien, por cuestiones de forma.

Mucho se ha debatido con relación a la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de los actos del Ministerio Público de la Federación concernientes a la integración de la averiguación previa, tal es el caso de la siguiente tesis:

“AVERIGUACION PREVIA, CONTRA LAS DILIGENCIAS TENDENTES A INTEGRARLA, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO. El artículo 21 constitucional en lo atinente, dispone que el Ministerio Público está facultado para llevar a cabo aquellas diligencias necesarias para esclarecer posibles hechos delictuosos y, en su caso integrar la correspondiente averiguación previa, de ahí, que el desahogo de diligencias tendentes a su integración, no causan daño o perjuicio a la persona contra la que se iniciaron las investigaciones, por ser de orden público, según lo establece el máximo ordenamiento legal del país; siempre y cuando en ellas no se ordene que se le prive de su libertad, posesiones o derechos. En razón de lo anterior, es improcedente el juicio de garantías en que se señalen como acto reclamado tales diligencias ministeriales.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 542/95. Miguel Castillo Fierro. 3 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretaria: Paulina Negreros Castillo.”¹⁵²

Sin embargo, como puede verse del precedente transcrito, en éste se señala que el desahogo de diligencias tendentes a integrar la averiguación previa, no causan daño o perjuicio a la persona contra la que se iniciaron las investigaciones por ser de orden público; es decir, se refiere al inculpado; pero luego hace una excepción cuando dice “...*siempre y cuando en ellas no se ordene que se le prive de su libertad, posesiones o derechos...*”; o sea en estos casos sí procede el juicio de amparo indirecto cuando se ven amenazados los derechos indicados.

¹⁵² Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Tomo III, enero de 1996. Tesis VI. 3°. 8 P 264 p.

Por otro lado, también existe el criterio de que el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad cuando actúa en la integración de la indagatoria, según se desprende de la siguiente tesis:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Tesis: VI.2o.74 P

Página: 873

“MINISTERIO PÚBLICO. ES AUTORIDAD EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Conforme a los artículos 16 párrafos quinto y séptimo, 20 fracción II y 21 constitucionales y por los diversos 56 a 73 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, el Ministerio Público, dentro de la averiguación previa actúa como autoridad, en su calidad de órgano persecutor de los delitos; en tal virtud, considerando al Código de Defensa Social de la entidad federativa mencionada como un conjunto de normas generales, de observancia obligatoria, su aplicación no es exclusiva de la autoridad judicial, motivo por el cual el artículo 90 del último ordenamiento legal citado, que establece: “Cuando con motivo del tránsito de vehículos se cometiere algún delito, esos vehículos no se devolverán hasta que se haya cubierto o garantizado la reparación del daño.”, es evidente que faculta tanto al Ministerio Público en la averiguación previa como a la autoridad judicial en el proceso correspondiente, para ordenar la devolución de los vehículos que han sido puestos a su disposición, siempre y cuando se actualice la hipótesis a que se refiere la disposición legal transcrita.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO. [®]

Amparo en revisión 219/96. Baldomero Méndez Ortigoza. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.”¹⁵³

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de Amparo, establece: “Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.”

El Doctor Valdemar Martínez Garza¹⁵⁴, en su libro “La autoridad responsable en el juicio de amparo en México.”, hace una importante crítica cuando sostiene que la abstención indebida del Ministerio Público a ejercer la acción penal, es violatoria de las garantías individuales de la víctima del delito, y lo expone de la siguiente manera:

“...El Ministerio Público, como órgano eminentemente técnico, debe obrar de modo justificado y no arbitrario; por ello el no ejercer la acción penal de manera indebida e ilícita, viola la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 de la Carta Magna, puesto que el sujeto pasivo del delito, sin ser oído y vencido en el juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, está siendo privado de sus derechos por el Fiscal, en la fase de averiguación previa...”

Todo lo anterior me permite establecer que el Ministerio Público es autoridad responsable para los efectos del juicio de amparo, en la fase de averiguación previa, porque sus actos son susceptibles de violar garantías; y así las cosas, regresando al tema de los testigos, en mi opinión, éstos pueden acudir ante la Justicia Federal a demandar el amparo en contra de actos del Representante Social cuando se trate de la aplicación inminente de alguno de los medios de apremio ya señalados, pues debe tomarse en cuenta que la multa perjudicaría su patrimonio, la fuerza pública su libertad ambulatoria al tener que ser trasladado el testigo ante el Fiscal para que declare, y el arresto obviamente priva al sujeto de su libertad personal por el término de 36 horas; lo que significa que todas estas actuaciones lesionan derechos fundamentales del gobernado; por lo tanto, pienso que está en aptitud de impugnarlo a través del citado medio extraordinario de defensa.

¹⁵³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Tomo III, Junio de 1996. Tesis VI.2º.74 P. 873 p.

7.- El derecho del testigo a no comparecer ante el Ministerio Público Federal por enfermedad o imposibilidad física que le impida el traslado.

Este supuesto representa una excepción al deber de comparecer a la oficina del Agente del Ministerio Público para rendir declaración, pues si el testigo padece una enfermedad o imposibilidad física que le impida trasladarse al local de la Agencia, el Fiscal podrá trasladarse al sitio en donde se encuentre para recabar su testimonio, siempre y cuando esté en el lugar de residencia del Representante Social, así se desprende de los artículos 73 y 244 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁵, que dicen:

“Art. 73.- Con excepción de los altos funcionarios de la Federación, toda persona está obligada a presentarse ante los tribunales y ante el Ministerio Público cuando sea citada, a menos que no pueda hacerlo porque padezca alguna enfermedad que se lo impida, o tenga alguna otra imposibilidad física para presentarse.”

“Art. 244.- Si el testigo se hallare en el lugar de la residencia del funcionario que practica las diligencias pero tuviere imposibilidad física para presentarse ante él, dicho funcionario podrá trasladarse al lugar donde se encuentre el testigo para tomarle su declaración.”

Ahora bien, en mi criterio, es necesario que el testigo le pruebe al Agente del Ministerio Público el estado de enfermedad que padece, la que no puede ser cualquiera, ya que en todo caso, deberá ser alguna que le impida el traslado a la oficina del Fiscal; o bien, alguna otra imposibilidad física que igualmente no le deja acudir ante la presencia del Representante Social.

Asimismo, considero que el testigo podrá probar por cualquier medio de los autorizados por la Ley de la Materia, tanto la enfermedad como alguna otra

¹⁵⁴ Valdemar Martínez Garza. *La autoridad responsable en el juicio de amparo en Mexico* 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1999.

¹⁵⁵ Op. cit. 199 y 252 ps.

imposibilidad física que no le permite asistir a la diligencia, verbigracia, un certificado médico ratificado por el profesionista que lo suscribe en el que se haga constar la enfermedad e igualmente cuando se tiene alguna otra incapacidad corporal; etc.

8.- El derecho del testigo a ser notificado para la diligencia con 48 horas de anticipación.

El artículo 103 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁶, establece que, cuando la resolución entrañe una citación o un término para la práctica de una diligencia, se notificará personalmente con cuarenta y ocho horas de anticipación cuando menos al día y hora en que se haya de celebrar la actuación o audiencia, según se advierte de su contenido que es del tenor siguiente:

“Art. 103.- Las notificaciones se harán a más tardar el día siguiente al en que se dicten las resoluciones que las motiven.

Cuando la resolución entrañe una citación o un término para la práctica de una diligencia, se notificará personalmente con cuarenta y ocho horas de anticipación, cuando menos, al día y hora en que se haya de celebrar la actuación o audiencia a que se refiera, debiéndose tomar en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 72 de este Código, y asistiéndose de traductor si la persona por notificarse no habla o no entiende suficientemente el idioma castellano.

Para explicar este punto, es necesario precisar que el numeral citado está incluido en el capítulo XII, denominado “NOTIFICACIONES” y su contenido está relacionado con los diversos 74 y 125 del mismo Ordenamiento Legal, que refiere:

“Art. 74.- Las citaciones podrán hacerse verbalmente, o por cédula, o por telégrafo, anotándose en cualquiera de esos casos la constancia respectiva en el expediente.

La cédula se asentará en papel oficial y deberá ser sellada por el tribunal o el Ministerio Público que haga la citación.”

“Art. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las

¹⁵⁶ Op. cit. 206 p.

personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

Así las cosas, si relacionamos tales preceptos legales nos podemos dar cuenta que el artículo 103 también debe ser observado por el Ministerio Público de la Federación, pues si dicha Institución está facultada para citar al testigo conforme lo dispone el artículo 125 y esta actuación se materializa a través de la cédula a que se refiere el segundo párrafo, del artículo 74 del CFPP, resulta claro que uno de los derechos del testigo es precisamente que se le cite con 48 horas de anticipación cuando menos al señalado para la diligencia.

Sin embargo, en mi opinión, no podemos dejar de valorar que ese derecho es relativo en cuanto a que depende de las circunstancias en las que se esté desarrollando la averiguación previa, porque –por ejemplo- si se presenta el caso de que el posible autor del delito es detenido bajo la figura de la flagrancia o en casos urgentes a que se refiere el artículo 16 de la Constitución General de la República y el 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que disponen:

“Art. 16.- Nadie puede ser molestado...

(...)

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

“Art. 194 bis.- En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada.”

Así las cosas, en esos supuestos debemos recordar que el Fiscal sólo tiene cuarenta y ocho para decretar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad

judicial; lo que quiere decir, que el Representante Social tendrá que efectuar las diligencias necesarias que le permitan decidir en un sentido o en otro dentro de dicho plazo, en el que generalmente se toman las declaraciones de los testigos de acuerdo con lo previsto por los numerales 123 y 124 del Código Federal Adjetivo Penal.

Luego entonces, bajo esas circunstancias considero que el derecho del testigo a que se le notifique de la cita para la diligencia con cuarenta y ocho horas de anticipación, no puede ser alegado en los casos en que la indagatoria se está integrando con detenido o en situaciones urgentes, porque en estos supuestos se está en presencia de una excepción y prevalece la garantía de la persona privada de la libertad consistente en que se le debe resolver su situación en el perentorio plazo de cuarenta y ocho horas; lo que significa que a lo más, el testigo sería citado para el día siguiente al en que sucedieron los hechos delictuosos tomando en cuenta la hora en que se cometió y en la que fue capturado el indiciado.

Además, aún cuando se estuviera en el caso de delincuencia organizada en el que se duplica dicho término; es decir, por otras cuarenta y ocho horas más, de cualquier modo sigue teniendo la característica de lo apremiante del tiempo para resolver la averiguación previa.

Por tanto, estimo que ese derecho del testigo sólo tendría lugar cuando no se está en los supuestos de la flagrancia o del caso urgente.

9.-El derecho del testigo a que se asiente en el acta quién fue la persona que lo mencionó o el motivo por el cual se le citó.

Considero que es un derecho del testigo saber qué persona fue la que lo mencionó con ese carácter o el motivó por el cual se le manda llamar por parte del Ministerio Público Federal o alguno de sus órganos auxiliares, de acuerdo con lo que previene el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales.

“Art. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. **En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.**”

En esa tesitura, el Representante Social deberá invariablemente asentar en el acta de la declaración que le hizo saber al declarante los datos indicados. Esto también -según mi criterio- como parte de la ineludible obligación de toda autoridad del País, de fundar y motivar sus actos, pues de no hacerlo constituiría un acto de molestia injustificado prohibidos por el artículo 16 de la Carta Magna, y del cual hice alusión en el capítulo IX, inciso I, cuando se trató lo relativo a las facultades del Ministerio Público de la Federación y la Policía Federal Investigadora para citar al testigo. Vid. Supra p. 143.

10.- El derecho del testigo a que sea el Ministerio Público Federal quien lo interroge.

10.1.- El privilegio de dictar o escribir su declaración.

En la última parte del artículo 250 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁷, se establece que si quisiere el testigo dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo. Dicho numeral está redactado de la siguiente manera:

“Art. 250.- Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. **Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.**”

¹⁵⁷ Op. cit 254 p

Así las cosas, de acuerdo con el texto del citado precepto legal, es un derecho del testigo dictar o escribir su declaración, siempre y cuando sea su voluntad hacerlo; así se desprende de la frase potestativa "*Si quisiere*".

En la práctica generalmente no se informa al testigo de ese derecho sino más bien la autoridad investigadora adopta la postura de tomarlo como una de las formas de recabar la declaración; es decir, recibir el relato espontáneo del declarante sin que exista interrogatorio de por medio.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el Ministerio Público debe dejar constancia en el acta de que le hizo saber al testigo que tiene derecho a dictar o escribir su declaración y si no es su deseo hacerlo de esta manera, necesariamente corresponde al Representante Social hacer el interrogatorio respectivo, pues el relato o dictado de la deposición sólo sería válido si el testigo lo autoriza.

En otras palabras, el método de recibir una declaración a base de lo que exponga el testigo no tiene sustento en la Ley Procesal Penal, para la autoridad investigadora, ya que como se desprende del referido artículo 250, ello depende exclusivamente del compareciente.

10.2.- ¿Por qué deber ser el Representante Social quien interroge al testigo?

Considero que en todo caso, también es un derecho del testigo a que sea el Fiscal quien lo interroge y al momento de su declaración debe solicitar que así sea, porque ello le permite conocer qué tipo de preguntas le pretende hacer el Representante Social sobre los hechos que investiga; y desde luego, darse cuenta si tales interrogantes son inconducentes o contra derecho, conforme lo establece el artículo 127 bis, en estudio.

En ese sentido, si el testigo eligiera dictar o escribir su declaración no tendría la oportunidad de que el abogado que lo asistiera pudiera impugnar las preguntas con las características antes apuntadas, por eso lo que se recomienda es que sea el Ministerio Público quien haga el interrogatorio y el declarante debe acudir con la intención de estar a disposición de dicha Institución para responder las interrogantes que sean necesarias y que se concluya la diligencia con la exposición del Fiscal en el sentido de que *“es todo lo que esta Representación Social tiene que preguntar al declarante”*; y de esta manera evitar que posteriormente pudiera ser acusado de omisión de datos que es uno de los riesgos que se corren en el supuesto de que aceptara dictar o escribir su deposición, pues una información incompleta a criterio de la autoridad investigadora podría considerarse como dolosa –sin serlo- y ahora tener que soportar la consecuencia de una averiguación previa en su contra.

En mi opinión, lo anterior se evita con el interrogatorio porque no sería legal estimar que el testigo omitió hechos cuando el Ministerio Público no le interrogó sobre los mismos.

10.3.- El derecho del testigo a que el interrogatorio guarde relación con el hecho que se investiga. ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Es una garantía procesal del testigo, que las preguntas que se le formulen guarden relación con los hechos que se investigan; es decir, no se le podrá cuestionar sobre aspectos que estén fuera de lo que constituye el historial del hecho ilícito y de la persona del delincuente, según lo podemos advertir del artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece:

“Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desechamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.

Si bien el artículo citado se refiere al juez o tribunal, lo cierto es, que también puede ser aplicado por el Agente del Ministerio Público Federal en la integración de la averiguación previa, conforme al contenido del numeral 132 del CFPP, al referir que *“En la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código.”*

De acuerdo con lo anterior, es preciso señalar que el numeral 242 en comentario se encuentra inmerso en el Título Sexto, capítulo V, relativo a la prueba de testigo; por lo tanto, su contenido es aplicable a las diligencias de indagatoria por parte del Fiscal; lo que significa que este último Funcionario Público tiene la facultad de desechar aquellas preguntas de las partes que sean objetadas por impertinentes o inconducentes.

Esto último necesariamente nos hace considerar que el testigo no sólo está sujeto al interrogatorio de la autoridad investigadora, sino además, al cuestionamiento que le haga el propio indiciado, su defensor, la víctima del delito u ofendido, durante la fase de la averiguación previa, según se puede inferir del texto del segundo párrafo, del diverso 249 del CFPP¹⁵⁸, que al igual que el mencionado 242 del mismo Ordenamiento Legal, resulta aplicable para las diligencias de dicha estadía procesal.

“Art. 249.- Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias.

El Ministerio Público, el inculpado, el defensor, la víctima u ofendidos, tendrán derecho de interrogar al testigo; el juez o el tribunal tendrán la facultad

¹⁵⁸ Op. cit. 253 p

de desechar las preguntas que a su juicio o por objeción de parte sean señaladas como impertinentes o inconducentes y, además, podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

En esta disposición legal nuevamente se reitera la facultad del Ministerio Público para calificar la pregunta y desecharla por impertinente o inconducente, por eso estimo que esto es un derecho del testigo; es decir, a que no sea interrogado sobre aspectos que no están relacionados con el suceso delictivo y sobretodo a que se le cuestione sobre los actos ajenos que percibió a través de sus sentidos, dado que esto es lo idóneo atendiendo a su situación procesal de tercero extraño a la controversia.

En tales condiciones, la autoridad investigadora tendrá cuidado en que se respete esa prerrogativa del testigo y de que solamente se le interroge sobre lo que sabe acerca del delito y de la persona del delincuente.

11.- El derecho del testigo a la asistencia legal en la fase de averiguación previa.

11.1. El derecho del testigo a ser asistido por un abogado en su declaración ante el Ministerio Público de la Federación.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Desde el punto de vista de la ley, establecimos en el capítulo V, que el testigo tiene derecho a nombrar un abogado que lo asista en su declaración, lo que se deriva del análisis lógico y sistemático de los artículos 123, 124, 125 y 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

En efecto, como ya lo hemos visto en el capítulo indicado en el párrafo que antecede, una de las personas a que se refiere el artículo 127 bis, es al testigo porque es uno de los sujetos que tendrían que rendir declaración en los casos a que

aluden los dos primeros preceptos legales (123 y 124) y que podría ser citado por el Ministerio Público conforme a la facultad que le otorga el diverso 125 del CFPP.

Respecto a lo anterior, en el capítulo IV, Vid Supra p. 55-59, vimos las opiniones de los autores Julio Antonio Hernández Pliego y Miguel Héctor Ponce Ramírez, en las que también consideran como un derecho del testigo el ser asistido por un abogado en su declaración conforme al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

11.2.- El derecho del testigo que el abogado que lo asista impugne las preguntas inconducentes o contra derecho.

Es importante mencionar que para los fines de este apartado, que es hacer el señalamiento de los derechos que tiene el testigo en la averiguación previa, sólo haré breve referencia al tema indicado, puesto que será motivo de análisis exhaustivo en el capítulo XIII Vid. Infra p. 232.

Como ya vimos, de acuerdo con el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, las personas que tengan que rendir declaración en los casos de los artículos 124 y 125 del mismo Ordenamiento Legal, tendrán derecho a hacerlo asistidas por un abogado nombrado por ellas; entre las que sostenemos se encuentran incluidos los testigos, como ya lo hemos estudiado en el capítulo V, Vid Supra p. 76.

Ahora bien, ese derecho del testigo se materializa en la facultad que tiene el abogado de impugnar las preguntas que se hagan a su asistido si éstas son inconducentes o contra derecho, según se desprende del segundo párrafo, del citado numeral 127 bis, que dispone:

“...El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.”

También es importante señalar que esa prerrogativa del experto en leyes tiene un límite, pues no podrá producir ni inducir las respuestas del testigo.

En mi opinión, una de las formas de poder estar en aptitud de saber cuándo las preguntas son inconducentes o contra derecho, es atendiendo a la situación procesal del testigo, pues a éste sólo se le deberá interrogar respecto a hechos ajenos desligados de su persona, pero cuando se le pretende cuestionar sobre actos propios para descubrir si tuvo alguna participación en la comisión delictiva, esas preguntas son las que en mi concepto son inconducentes o contra derecho porque no son idóneas a la calidad de testigo que tiene el declarante.

11.3.- El derecho del testigo a negarse a declarar cuando las preguntas lo incriminen.

Hemos venido sosteniendo que resulta muy importante no perder de vista que el testigo relata hechos ajenos que percibió por medio de sus sentidos y los informa a la autoridad investigadora a través de su testimonio; por ende, el interrogatorio idóneo es el que se le formula sobre acontecimientos desligados de su persona.

Así las cosas, cuando el Ministerio Público pretende cuestionar al testigo sobre actos propios con el fin de obtener o provocar que el declarante reconozca si tuvo alguna participación en la comisión del delito, considero que ello representa una pregunta inconducente o contra derecho, porque no es propia de un testigo sino de un indiciado; y siendo así, en el momento de que se le haga la interrogante ipso jure queda protegido por las garantías individuales que el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, previene para las personas que son

consideradas como probables autores del ilícito; entre las que se encuentra, la fracción II, del mencionado precepto legal de la Carta Magna, que contiene el derecho a que no podrá ser obligado a declarar.

Luego entonces, con base en lo anterior y a pesar de que al declarante se le ha asignado la calidad de testigo; y no obstante que por esta razón está obligado a declarar, conforme a lo que establece el artículo 242 del CFPP, si se presenta el caso, de que se le pretende interrogar sobre preguntas que pudieran incriminarlo, en mi opinión legalmente puede negarse a responder amparado en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de Máxima Ley del País, porque en ese momento está siendo considerado sospechoso de haber intervenido en los hechos delictuosos y no como testigo.

Este tema lo trataré con mayor amplitud en el capítulo XIII, de esta investigación. Vid Infra p. 232.

12.- El derecho del testigo a negarse a declarar cuando se encuentra en alguno de los casos de excepción a la obligación de rendir testimonio.

El artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁹, establece la excepción a la regla general de que el testigo está obligado a declarar en todo caso, siempre y cuando se encuentre en alguno de los supuestos normativos señalados en dicha disposición legal, cuyo texto es del tenor siguiente:

“Art. 243.- No se obligará a declarar al tutor, curador, pupilo o cónyuge del inculpado ni a sus parientes por consanguinidad o afinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grados y en la colateral hasta el cuarto inclusive, ni a los que estén ligados con el inculpado por amor, respeto, cariño o estrecha amistad; pero si estas personas tuvieren voluntad de declarar se hará constar esta circunstancia y se recibirá su declaración.”

¹⁵⁹ Op. cit. 252 p

En razón de lo anterior, si el testigo tiene alguna de las cualidades indicadas en el artículo en comentario, no estará obligado a declarar, salvo que sea su voluntad hacerlo.

Aparentemente la aplicación de las excepciones a la obligación de rendir testimonio, no represente mayor problema; sin embargo, en la práctica se presenta la interrogante ¿Cómo probarlas?.

Sucede generalmente que cuando una persona expresa su voluntad de no declarar porque alega estar en uno de los casos establecidos en el artículo 243 del CFPP, el Ministerio Público exige la prueba de su aseveración.

Así por ejemplo, si se trata de un tutor, pupilo o curador, ello podría ser demostrado mediante los documentos relativos al procedimiento de tutela; o en el caso del cónyuge, con el acta de matrimonio.

En el de los parientes por consanguinidad y afinidad, con las actas de nacimiento y de matrimonio.

La problemática más común se da cuando el declarante manifiesta estar ligado con el inculcado por lazos de amor, respeto, cariño o estrecha amistad, ¿Cómo probarlo?, si se trata de conceptos eminentemente subjetivos.

El artículo 243 en comentario, no establece que la persona que alegue estar en alguno de los supuestos de excepción a la regla general de declarar, tenga la carga procesal de probarlo; sin embargo, resulta lógico y además necesario, que la autoridad investigadora se cerciore de que efectivamente lo informado por el testigo es veraz, pues podría generar la práctica de eludir rendir testimonio; pero considero que en tratándose de aspectos subjetivos como el amor, el respeto, el cariño o la

estrecha amistad, debe ser aceptado cualquier principio de prueba a través de cualquiera de los medios permitidos por el Código Federal de Procedimientos Penales, debiéndose tomar en cuenta que lo manifestado por el testigo es bajo protesta de decir verdad y esto ya constituye un indicio para considerar fundadamente que está ligado con el acusado; y por ende, su deseo de no declarar.

En el derecho procesal colombiano existen excepciones al deber de testimoniar similares a las nuestras, tal y como nos lo refiere el autor Orlando Alfonso Rodríguez¹⁶⁰:

“Lo anterior no obsta para que se desconozcan excepciones a la obligación de testimoniar. Consuetudinariamente se ha reglado que el testigo en asunto penal no está obligado a declarar:

- 1).- Contra sí mismo.
- 2).- Contra su conyuge.
- 3).- Contra los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, como los hijos, padres, hermanos y primos hermanos.
- 4).- Contra los parientes dentro del segundo grado de afinidad, como los llamados cuñados.
- 5).- Contra los parientes dentro del primer grado civil, como un hijo adoptivo simple.
- 6).- Los abogados en asuntos directamente vinculados en la protección de los derechos de sus poderdantes comprometidos procesalmente...
- 7).- Igual excepción se le reconoce al profesional en medicina, sustentado por semejantes razonamientos. Y así con otras profesiones.
- 8).- Pueblo cristiano es el nuestro, después de la violenta llegada de los europeos a estas tierras, que respeta a la iglesia Católica en particular y a la cristiana en general, al igual que a sus jerarcas, quienes, por medio de ritos, conducen al testigo a confiarles hechos que pueden ser objeto de investigación por las autoridades...”

13.- El derecho del testigo a que otra persona firme por él cuando sea ciego.

Este derecho del testigo está contemplado en la parte final del artículo 246 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶¹, que dice:

¹⁶⁰ Orlando Alfonso Rodríguez. Op cit. 7 p.

¹⁶¹ Op. cit 253 p.

"Art. 246.- Los testigos deben ser examinados separadamente y sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en los casos siguientes:

I.-Cuando el testigo sea ciego.

II.-Cuando sea sordo o mudo.

III.-Cuando ignore el idioma castellano.

En el caso de la fracción I el funcionario que practique las diligencias designará a otra persona para que acompañe al testigo, la que firmará la declaración después de que éste la haya ratificado; en los casos de las fracciones II y III se procederá conforme lo dispone el Capítulo III del Título Primero de este Código.

No obstante que lo catalogamos como derecho del testigo, resulta importante señalar que el precepto legal citado, señala que es el funcionario quien designará a otra persona para que lo acompañe; es decir, no le otorga al testigo la facultad de que sea él quien tal designación, lo que me parece incorrecto, pues a pesar de la incapacidad física del declarante, lo idóneo sería que el declarante escogiera a la persona que lo acompañe en dicha diligencia.

Ahora bien, la función del acompañante sólo se constriñe a firmar la declaración después de que el testigo la haya ratificado, con lo que tampoco estoy de acuerdo, porque en mi opinión, la persona que acompañe al declarante debe tener otra función importante, como lo es, confirmarle al testigo que efectivamente se hayan asentado sus palabras y si quedó plasmado todo lo que dijo o si se omitió algún dato, a fin de hacer las correcciones necesarias antes de firmar y de retirarse del lugar.

Por eso estimo, que debe ser el testigo quien haga la designación de una persona –de preferencia de confianza- que lo asista en su deposición ante el Representante Social; y si no lo hace, pues entonces sí, que sea el citado Funcionario Público, quien haga tal nombramiento; lo que implica proponer una reforma al último párrafo, del artículo 249 del Código Federal de Procedimientos Civiles, para quedar como sigue:

“En el caso de la fracción I, se informará al testigo que tiene derecho a estar acompañado por una persona designada por él, para que le confirme el contenido de su declaración, y para que una vez ratificada por el declarante, la firme en sustitución de este último. En caso, de que el testigo no designe a persona alguna, lo hará en su lugar, el funcionario que practique la diligencia.

14.- El derecho del testigo menor de edad a ser exhortado a declarar.

La condición de testigo puede acarrear consecuencias legales a la persona del declarante que se traducen en la posibilidad de incurrir en una conducta delictiva derivada de su actuar con tal carácter, pues el Estado tiene interés en que el testimonio sea veraz; y por ende, castiga la falsedad con la que pudiera conducirse el testigo en su declaración.

El artículo 247 del Código Penal Federal, prevé el delito de falsedad en diversas hipótesis¹⁶²; luego entonces, antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para lo que se producen con falsedad, o se niegan a declarar, con excepción de las personas menores de dieciocho años de edad, quienes solamente se les exhortará para que se conduzcan con la verdad.

“Art. 247.- Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad, o se niegan a declarar.

Esto podrá hacerse hallándose reunidos todos los testigos.

A los menores de dieciocho años en vez de hacérseles saber las penas en que incurrir los que se producen con falsedad, se les exhortará para que se conduzcan con verdad.”

De lo anterior, surge la pregunta obligada ¿Por qué a los menores de dieciocho años se les exhorta y no se les apercibe de las penas que impone el Código Penal, en el caso de que se conduzcan con falsedad?

La Ley Penal considera a los menores de dieciocho años, como personas inimputables para los efectos de la aplicación del derecho penal, primordialmente porque se considera que a esa edad el individuo todavía no tiene conciencia de su actos, por tanto, tales sujetos no cometen delitos sino infracciones contenidas en una ley especial sobre el tratamiento a menores.

Por esa razón, las personas que tengan el carácter de testigos y tengan menos de dieciocho años, no se les apercibe de la imposición de las penas que establece el Código Penal para aquellos que se conducen con falsedad, porque en el momento en que rinden su declaración jamás podrán cometer tal ilícito, dada su minoría de edad; y que por esa razón, no se da uno de los elementos esenciales del delito, como lo es, la imputabilidad.

15.- El derecho del testigo a consultar notas o documentos.

Lo idóneo es que el testigo declare espontáneamente lo que sabe acerca del hecho delictuoso y del delincuente; es decir, sin que sus respuestas sean provocadas por factores externos a su voluntad.

Sin embargo, conviene señalar que el artículo 249 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶³, primeramente establece la prohibición de que el testigo lea las respuestas que tenga escritas; y luego prevé la posibilidad de que consulte algunas notas o documentos que lleve consigo.

“Art. 249.- Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente

¹⁶² Op. cit. 107-108 ps.

¹⁶³ Op. cit. 253 p

según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias...”

También cabe mencionar, que ese derecho del testigo a consultar notas o documentos durante su declaración está condicionada a la apreciación de la autoridad investigadora cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto.

Luego entonces, corresponde al testigo solicitar en la diligencia que requiere de auxiliarse de algunas notas o documentos que trae consigo para precisar algún dato relacionado con el hecho delictuoso o con la persona del probable inculpado.

En mi opinión, dicha solicitud deberá ser acordada por el Ministerio Público con fundamento en el citado artículo 249, ya sea accediendo a ella o negándola, expresando las circunstancias que lo llevaron a decidir en un sentido o en otro, ya que sólo así, el testigo podrá saber si a juicio de la autoridad la naturaleza del caso lo permite o no.

Es importante que esto quede asentado en la diligencia porque debemos recordar que la situación procesal de ser testigo puede producir consecuencias legales a su persona, pues como ya hemos visto, puede ser sujeto a que se le instruya en su contra una averiguación previa por alguno de los delitos relacionados con tal carácter (falsedad, desobediencia, etc.); y en razón de ello, debe cuidarse que se cumplan todas las formalidades legales que el caso exija, precisamente en aras de evitar cualquier efecto posterior en perjuicio del testigo.

16.- El derecho del testigo a que se usen sus palabras.

Este derecho del testigo se encuentra consignado en el primer párrafo del artículo 250 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶⁴, que es del tenor literal siguiente:

Art. 250.- Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.

Anteriormente vimos que también es un privilegio del testigo leer el acta que contiene su declaración y si tiene alguna modificación que hacer la podrá realizar siempre y cuando no se haya retirado del lugar en donde se recabó la diligencia.

Así las cosas, ese momento de verificación del contenido de la declaración es muy importante porque igualmente en ese instante se podrá dar cuenta si se usaron sus mismas palabras o no, y en caso de que exista inconformidad debe hacerle la observación al Agente del Ministerio Público para que haga la corrección correspondiente y asiente las expresiones vertidas por el testigo en el punto o puntos que éste le indique.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En la práctica es común que suceda que el testigo relate los hechos que le constan y el Funcionario que atiende la diligencia se convierte en interlocutor de aquel, pues transmite al escribano lo que quiere decir el declarante; y en muchas de las ocasiones no se asientan todas las palabras dichas por el testigo o lo que en realidad quiso explicar.

Si bien el propio artículo 250 en comentario, dispone que se usaran hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo; en mi opinión, la

autoridad investigadora debe procurar que se asienten todas las expresiones del declarante tal y como éste las haya dicho, porque ello es importante para la posterior valoración del testimonio rendido.

17.- El derecho del testigo a defenderse cuando se califique su declaración de sospechosa de falta de veracidad.

La posibilidad de que el testigo pueda falsear los hechos, incurrir en contradicciones o que simplemente su dicho resulte inverosímil, puede decirse, que es inherente a él, puesto que el órgano de prueba es un ser humano, en cuyo caso, su testimonio depende de diversos factores, tales como la percepción que haya tenido de los mismos, el interés que tenga en favorecer a alguna de las partes, los valores que tenga la persona; y entre ellos, hasta qué grado dice siempre la verdad, etc.

También deberá considerarse que a veces el testigo sin dolo alguno sostiene hechos que son inexactos o los manifiesta con un alto grado de subjetividad anteponiendo su juicio personal a lo que realmente sucedió.

Sobre el particular, el autor Amado Adip¹⁶⁵ opina:

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

“No es novedad sostener que detrás de cada testigo se oculta un enemigo invisible de la verdad y de la justicia.

A veces, el testigo actúa de buena fe, aunque afirmando como ciertos, hechos que son erróneos; otras veces, actúa de mala fe, porque conociendo la verdad la falsea conscientemente.

Este peligro de fraude procesal movió a las legislaciones más antiguas a adoptar los mayores recaudos para rodear a la prueba de testigos de máximas garantías posibles.”

¹⁶⁴ Op. cit 254 p.

Desde el punto de vista de la ley, el artículo 253 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶⁶, se refiere a la declaración del testigo sospechosa de falta de veracidad, en los siguientes términos:

Art. 253.- Siempre que se examine a una persona cuya declaración sea sospechosa de falta de veracidad, se hará constar esto en el acta.

En el momento de la diligencia, el Ministerio Público, el inculpado o su defensor podrán manifestar los motivos que tuvieren para suponer falta de veracidad en el declarante, e inclusive ofrecer pruebas al respecto, que se agregaran al expediente.

Como puede verse, del contenido del citado numeral, el testimonio del testigo puede ser objeto de apreciaciones que suponen falta de veracidad en el mismo, siendo éstas una prerrogativa de las partes, como lo son el Ministerio Público, el inculpado y su defensor, cuando se trata del proceso penal; pero en la averiguación previa, quedaría a la estimación del Representante Social en su calidad de autoridad; y en su caso, del indiciado y de la defensa de éste, ya que debemos recordar que título sexto del CFPP, es aplicable en la fase indagatoria por disposición expresa del diverso 132 del mismo Ordenamiento Legal.

Según lo podemos advertir, las apreciaciones que se hagan en el sentido de que suponen falta de veracidad en el dicho del testigo, deben hacerse en el acto mismo de la diligencia, lo que deberá quedar asentado.

Asimismo, dispone como facultad de las partes ofrecer pruebas al respecto, de lo que deriva la interrogante ¿Las pruebas se ofrecen en la misma actuación?.

De acuerdo con el texto del artículo en comentario, los medios probatorios que pudieran ofrecerse deben ser en la misma diligencia; es decir, no cabe la posibilidad

¹⁶⁵ Amado Adip. *Prueba de testigos y falso testimonio*. Reimpresión, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1983. 25 p.

¹⁶⁶ Op. cit. 254 p.

de una dilación probatoria o la apertura de un incidente, ya que claramente al inicio del segundo párrafo, dice *“En el momento de la diligencia.”*

También surge la pregunta ¿Por qué solamente las partes pueden ofrecer pruebas respecto a la supuesta falta de veracidad del testigo? ¿Cómo podría defenderse el testigo en ese momento en relación con la sospecha de falta de veracidad en su declaración?.

Desde mi punto de vista, el precepto legal en estudio resulta inconstitucional porque no establece la más mínima garantía de audiencia al testigo para que conteste las imputaciones de las partes sobre la supuesta falta de veracidad en su declaración, a pesar de que ello pudiera dejar indefenso al declarante ante la posibilidad de que pueda ser objeto de una averiguación previa en su contra, e incluso ser detenido en el acto de la diligencia, en atención a lo que establece el diverso 255 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶⁷.

Art. 255.- Si de lo actuado apareciere que algún testigo se ha producido con falsedad, se mandaràn compulsar las constancias conducentes para la investigacion de ese delito y se hará la consignación respectiva al Ministerio Público sin que esto sea motivo para que se suspenda el procedimiento; si en el momento de rendir su declaración el testigo, apareciere que es manifiesta la comision del delito de falsedad, será detenido desde luego y consignado al Ministerio Público.

Sin embargo, considero que si las apreciaciones de las partes en relación a que el testimonio del testigo adolece de falta de veracidad, tienen lugar en el momento de la diligencia, ello implica que éstas se hagan antes de que concluya la actuación respectiva; lo que significa que el testigo todavía tiene la posibilidad de aclarar, enmendar o modificar su declaración de acuerdo con lo establecido en los artículos 22 y 254 del Código Federal de Procedimientos Penales, que ya fueron motivo de análisis en líneas que preceden. Vid. Supra p. 171.

¹⁶⁷ Op. cit. 254 p.

Por ello toma relevancia la asistencia legal al testigo durante su declaración, pues si bien el abogado no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido en ese momento, nada impide que antes de acudir ante el Ministerio Público, el experto en leyes asesore al testigo sobre los derechos que tiene durante su deposición; entre ellos, el relativo a la lectura del acta para que confirme si efectivamente se asentó todo lo que dijo y si se usaron sus palabras, o si existe algún punto que requiere aclaración, etc.

Además de explicarle que su situación procesal puede producirle consecuencias en perjuicio de su persona en caso de que se conduzca con falsedad.

En tal virtud, la única defensa que tiene el testigo frente a las apreciaciones de que su deposición es sospechosa de falta de veracidad, es ejerciendo adecuadamente el derecho que tiene de leer el acta y hacer en el acto las aclaraciones necesarias, rectificaciones o modificaciones a la misma; lo que podría cambiar sustancialmente las imputaciones que se le hacen.

XI.- DEBERES DEL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

1.- El deber del testigo de presentarse a declarar sobre los hechos que investiga el Ministerio Público Federal.

Es obligación del testigo presentarse a declarar respecto a los hechos que se investigan por el Agente del Ministerio Público Federal, según lo establece el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desechamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.

En principio tiene el deber de comparecer ante la autoridad una vez que ha sido citado por esta última, pues como puede verse en la parte final del segundo párrafo del artículo en comentario, si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En la práctica sucede un grave problema con la entrega de la cita para la persona que ha sido requerida para declarar, ya que generalmente esto se hace a través de elementos de la policía, que en muchas de las ocasiones se presentan en el domicilio señalado el mismo día de la diligencia, y no sólo eso, minutos antes de la hora indicada para la diligencia, lo que definitivamente provoca que al testigo se le deje indefenso ante tal trámite porque suele suceder que a pesar de la evidente ilegalidad con la que está siendo citado, se gira una orden de comparecencia para trasladar al individuo ante el Representante Social y exponga su declaración, lo que no deja de ser una pérdida de la libertad ambulatoria.

Por eso considero de suma importancia el derecho que tiene el testigo de ser citado con 48 horas de anticipación, de acuerdo con el artículo 103 del CFPP, siempre y cuando el estado de la indagatoria lo permita porque si se trata del caso en que fue detenido el probable autor del delito bajo la figura de la flagrancia o en casos urgentes; entonces difícilmente se podrá exigir de manera rigurosa la observancia de tal prerrogativa, dado que se está en presencia de un caso de excepción, en virtud de que el Ministerio Público tendría que resolver si ejerce o no la acción penal ante la autoridad judicial, en el plazo perentorio de 48 horas, en atención a lo que dispone el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, pero cuando no se está en esa situación, desde mi punto de vista, debe respetarse la facultad que tiene el testigo de ser comunicado de la cita con el tiempo suficiente que señala la ley.

Ahora bien, para no asistir al llamado que le hace autoridad investigadora necesariamente el testigo tendría que probar alguna causa justificada que le impidió hacerlo, pues de lo contrario, lo subsecuente es la orden para hacerlo comparecer.

La obligación de acudir a declarar llega a tal extremo de que si no se logra la comparecencia del testigo a través de los medios de apremio establecidos en el artículo 44 del CFPP, este pudiera incurrir en una conducta delictiva, como lo es el delito de desobediencia y resistencia de particulares a que se refiere el artículo 179 del Código Penal Federal, que será motivo de estudio en el capítulo XII Vid Infra p. 219.

La doctrina se ha encargado de explicar el origen de la obligación de rendir testimonio y sobre el tema conviene citar las opiniones de diversos autores que lo han estudiado, como es el caso de Eugenio Florian¹⁶⁸ quien refiere que tal deber deviene de la necesidad del Estado de administrar justicia, lo que lo convierte en materia de derecho público.

“Como sin testigos los hechos no pueden ser comprobados, el Estado, para realizar su tarea específica, tiene el derecho de exigir con su autoridad y con su fuerza que se rinda el testimonio...” “El deber del testimonio lo impone la necesidad de administrar justicia, y por ello va más allá del vínculo de sujeción entre el ciudadano y el Estado. Todo el que esté sometido a la soberanía jurisdiccional del Estado, está sometido también a ese deber.” “Por ello, el deber de rendir testimonio reviste jurídicamente carácter de derecho público, encuentra su fundamento en el hecho de que el testimonio es indispensable para el ejercicio de la jurisdicción penal y se contrae a los órganos del Estado. Se trata de una prestación de carácter de derecho público, en servicio del Estado, necesaria para la administración de la justicia penal.”

Carlos Salido Ovalle¹⁶⁹ en referencia al derecho procesal español menciona:

“Todas las personas en las que no concurran causas de incapacidad, incompatibilidad o exención, tienen el deber de acudir al llamamiento judicial, para declarar sobre hechos y circunstancias pasadas relacionadas con la comisión de hechos punibles. Este mismo deber de acudir al llamamiento judicial y prestar informe, alcanza a los peritos según los artículos 462 y 463 Lecrim, siempre, claro es, que no exista causa fundada que justifique la incomparecencia.” “Cuando el testigo, sin estar impedido, o el perito, sin alegar justa causa, no concurren al llamamiento judicial, persistiendo en su resistencia a comparecer, serán conducidos a la presencia del Juez instructor...Esta condición no deja de tener las connotaciones propias de una pérdida de la libertad ambulatoria del testigo o del perito, que será así trasladado coactivamente ante el juez instructor...” “...y se persiste en su negativa sometido a procedimiento por el delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 420 y 463 Lecrim.”

Como es de verse, al igual que en nuestra legislación procesal penal, en la española existe la obligación del testigo de presentarse a declarar, quien sólo puede dejar de comparecer cuando demuestre una causa justificada; así como también si persiste en su rebeldía puede incurrir en la conducta ilícita de desobediencia grave a la autoridad.

¹⁶⁸ Eugenio Floriani. Op. cit. 91-92 ps.

¹⁶⁹ Carlos Salido Ovalle. *La detención policial* Edit. Jose Maria Bosch, Barcelona, España, 1997. 428-429 ps.

En el derecho procesal penal colombiano sucede algo similar, según lo expone Orlando Alfonso Rodríguez¹⁷⁰, en los siguiente términos:

“Deben declarar tanto los nacionales como los extranjeros, residentes o de paso, citados como testigos dentro del proceso penal. La ley procedimental emplea el genérico de *toda persona y así*, no de ninguna otra forma, debe entenderse.

Además, “la ley penal colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional”, reza la norma procedimental penal.

Todo esto tiene su fundamento jurídico en el art. 10 de la Constitución Nacional, que prescribe tanto a los nacionales como a los extranjeros el deber de someterse a la ley. Esto comprende:

- 1) Comparecer al despacho, en cuanto se le haya citado legalmente;
- 2) Prestar juramento, y
- 3) Deponer

El desobedecer cualquiera de estas obligaciones lo hace acreedor a una sanción de arresto de uno a treinta días, impuesta por resolución motivada, contra la cual solo procede el recurso de reposición.”

Todo lo anterior, nos da sustento para afirmar que la situación procesal del testigo le puede acarrear consecuencias personales, como lo son la pérdida transitoria de la libertad cuando se le traslada coactivamente ante la autoridad investigadora e incluso ser sujeto de una averiguación criminal por el delito de desobediencia al mandato del órgano del Estado que requiere su testimonio, lo que implica el riesgo de ir a prisión y ser sentenciado por dicho ilícito.

Bajo esa perspectiva, en mi opinión, cobra importancia la asistencia legal al testigo porque el abogado no sólo está en aptitud de asistirlo en su declaración sino también de vigilar que se respeten todos los derechos que le confiere la ley; además de explicarle que puede hacerse acreedor a sanciones privativas de libertad, en caso de que no comparezca; lo que significa que en todo caso, lejos de que se considere que el experto en leyes manipule la conducta del testigo debe confiarse en su ética profesional de que recomendará a su cliente obrar en el sentido que marca la ley; es decir, que acuda a rendir testimonio sabedor de que tiene garantías procesales que

¹⁷⁰ Orlando Alfonso Rodríguez Op. cit. 7 p.

lo protegen de no incurrir en alguna ilegalidad, como lo es el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

1.2.- El deber del testigo a dar respuesta a las preguntas que le formule el Ministerio Público de la Federación o sus órganos auxiliares.

Si como ya vimos el testigo tiene la obligación de declarar lo que sabe acerca del delito, puede elegir entre dictar o escribir su declaración; o bien, solicitar que sea la autoridad investigadora quien lo examine a través del método de pregunta y respuesta. Esto último es lo recomendable para estar en aptitud de hacer efectivo e manera adecuada el derecho que le concede el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, en este momento surge la interrogante ¿Tendrá obligación el testigo de responder todo lo que se le pregunte?.

De acuerdo con lo que hemos venido explicando en los capítulos que preceden, el testigo es la persona tercera extraña a la controversia que posee información sobre el hecho delictuoso, y que en razón de ello, relata acontecimientos ajenos desligados de su persona.

Así las cosas, mientras las interrogantes sean en ese tenor, el testigo tendrá la obligación ineludible de contestar lo que se le pregunta porque ésta es idónea a su condición de testigo.

En nuestro concepto, si la pregunta va encaminada a interrogarlo sobre hechos propios para descubrir su probable intervención -por acción u omisión-, en la secuela delictiva; entonces surge un cambio de condiciones en cuanto a su situación procesal de testigo, ya que en ese sentido el Ministerio Público está considerando que tiene algún grado de participación en el delito; por lo tanto, ya está siendo

tratado como indiciado, en cuyo caso puede negarse a responder amparado en la garantía individual que establece la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República¹⁷¹, puesto que podría incriminarle.

Si bien es cierto, que conforme al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el abogado que asista al testigo puede impugnar aquellas preguntas que sean inconducentes o contra derecho, lo que obviamente una de ellas sería la que trata de incriminarlo porque se aparta de las condiciones legales a las que está sujeto el testigo, ello no es obstáculo para que el Ministerio Público persista en su actitud de interrogarlo sobre hechos propios con la finalidad de obtener el reconocimiento de participación delictiva, por eso en tal caso, si el declarante se abstiene de responder no puede decirse que está faltando a su deber de declarar porque como ya lo he expresado, de testigo paso a ser considerado como indiciado y su negativa a dar respuesta está sustentada en una causa de justificación que se traduce en la facultad que tiene de no ser obligado a hacerlo, de acuerdo con lo que se contempla en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna; por lo tanto, su postura no será ilícita ni podría ser considerada como un incumplimiento a su deber de testimoniar.

Además, en nuestro concepto, el ejercicio del citado derecho que le concede la Carta Magna, excluye la posibilidad de incurrir en alguna conducta delictiva, de acuerdo con lo que dispone el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal.¹⁷²

2.- El deber del testigo de decir la verdad y rendir la protesta de ley.

La desconfianza en el testigo sobre la posibilidad de que pueda falsear o alterar los hechos sobre los cuales se le pretende interrogar ha prevalecido desde tiempos remotos y para asegurar de alguna manera que ello no suceda, ha sido

¹⁷¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Op. cit. 25 p.

¹⁷² Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales Op. cit. 12 p.

constante premisa de las leyes procesales penales, el llamar la atención del declarante antes de que comience a declarar sobre las penas a que se haría acreedor en caso de que se conduzca con falsedad o se niegue a rendir su testimonio.

Inmediatamente después, se pedirá que rinda la protesta de ley respectiva, que si bien el Código Federal de Procedimientos Penales, no la describe, lo cierto es, que comúnmente se utiliza la siguientes frase sacramental: *“Protesta usted bajo su palabra de honor y en nombre de la ley declarar con verdad en las diligencias que va a intervenir”*

Un ejemplo de lo anterior, es el artículo 247 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁷³, que dice:

“Art. 247.- Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad, o se niegan a declarar.

Esto podrá hacerse hallandose reunidos todos los testigos.

A los menores de dieciocho años en vez de hacérseles saber las penas en que incurrir los que se producen con falsedad, se les exhortará para que se conduzcan con verdad.”

Ahora bien, ¿Cuál es el efecto legal de poner en conocimiento del testigo las penas a las que se haría acreedor en caso de no decir verdad o negarse a declarar? y ¿Cuál es la consecuencia de rendir la protesta de ley?

La respuesta lógica a tal cuestionamiento es en el sentido de que el efecto sería para asegurar que diga la verdad; y en caso de que incurriera en falsedad lo haría consciente de tal situación, en cuyo supuesto la ley presume su conducta dolosa y en ese momento adquiere el carácter de delictiva en agravio de la administración de justicia; tan es así, que conforme a diverso 255 del Código Federal

¹⁷³ *Íbidem.* 253 p.

de Procedimientos Penales¹⁷⁴, puede ser detenido y consignado al Ministerio Público; es decir, bajo la figura de la flagrancia.

Sobre el punto de que se trata el autor Manuel Rivera Silva¹⁷⁵, expone:

“Antes de que el testigo comience a declarar, se le instruye sobre las sanciones que la ley impone a quienes se producen con falsedad, e inmediatamente después se le toma la protesta de decir verdad (Arts. 205 del Código del Distrito; y 247 y 248 del Código Federal), Lo anterior tiene por objeto obligar jurídicamente al testigo a decir la verdad de los hechos.”

Por su parte, Carlos Barragán Salvatierra¹⁷⁶ también alude a los citados deberes del testigo en los siguientes términos:

“Antes de que empiecen a declarar los testigos, el Ministerio Público o el juez los instruirá de las sanciones que impone el Código Penal Federal para los que se produce con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley. Esto podrá hacerse reunidos todos los testigos (arts. 205, CPPDF Y 247 CFPP), y se les hará la protesta de ley siguiente: “que a toda persona que debe examinarse como testigo o como perito, se le recibirá protesta de producirse con verdad, bajo la siguiente fórmula. Protesta usted bajo su palabra de honor y en nombre de la ley declarar con verdad en las diligencias que va a intervenir. Al contestar en sentido afirmativo, se le hará saber que la ley sanciona severamente el falso testimonio” (art. 80, CPPDF).”

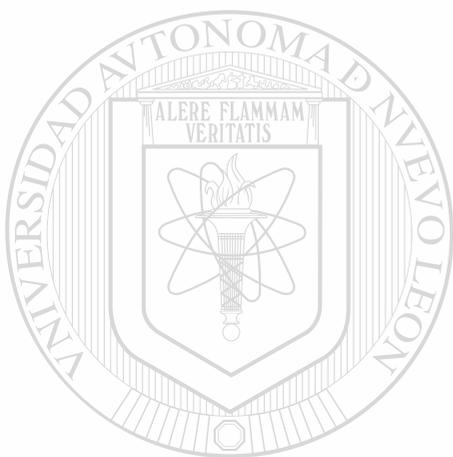
Por eso es indispensable que la autoridad investigadora cumpla con el requisito de hacerle saber de las penas en que podría incurrir y de que el testigo rinda la protesta de ley respectiva, pues de no existir constancia de ello en el acta correspondiente se correría el riesgo de que tal conducta no fuera sancionada con una sentencia condenatoria al no haberse observado tal formalidad.

¹⁷⁴ Íbidem. 254 p

¹⁷⁵ Manuel Rivera Silva Op. cit 252 p.

¹⁷⁶ Carlos Barragán Salvatierra Op. cit. 399 p.

Es tal la importancia de que el testigo proteste decir la verdad, que podríamos afirmar, que es la condición legal para que el testigo pudiera ser acusado de falsedad, ya que de no darse ésta no podría estimarse que el declarante ha faltado a la verdad, que es uno de los elementos constitutivos del delito de falsedad que contiene el artículo 247, fracción I, del Código Penal Federal, que también será motivo de análisis en el capítulo subsecuente.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

XII.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL TESTIGO.

Hemos visto que el testigo en la fase de averiguación previa cuenta con diversos derechos y garantías procesales que está en aptitud de hacer valer durante su declaración, tal y como quedó explicado en el capítulo X Vid. Supra p. 168, Igualmente fueron analizados los deberes que tiene frente a la autoridad, en el diverso capítulo XI Vid. Supra p. 203, cuyo incumplimiento le puede generar consecuencias en su persona, como lo es la aplicación de correcciones disciplinarias, medios de apremio e incluso incurrir en alguna conducta delictiva; de ahí la importancia que tiene referirnos a tales figuras jurídicas porque en mi opinión son parte fundamental para justificar la asistencia legal efectiva del testigo durante su comparecencia.

1.- Correcciones disciplinarias.

De acuerdo con el artículo 33 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁷⁷, los tribunales tienen la facultad de aplicar las correcciones disciplinarias que establece el citado Código, a efecto de mantener el orden y exigir se les guarde el respeto y consideración debidos. El referido numeral dice lo siguiente:

“Art. 33.- Los tribunales tienen el deber de mantener el buen orden y de exigir que se les guarde, tanto a ellos como a las demás autoridades, el respeto y la consideración debidos, aplicando en el acto, por las faltas que se cometan, las correcciones disciplinarias que este Código señala.”

Este artículo está relacionado con los diversos 42 y 43 del mismo Código Federal Adjetivo Penal¹⁷⁸, de los que me permito transcribir su contenido:

¹⁷⁷ Op. cit. 191 p.

¹⁷⁸ Op. cit. 193 p.

“Art. 42.- Son correcciones disciplinarias:

I.-Apercibimiento;

II.-Multa por el equivalente a entre uno y quince días de salario mínimo, vigente en el momento y lugar en que se cometa la falta que amerite corrección. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingreso;

III.-Arresto hasta de treinta y seis horas, y

IV.-Suspensión.

La suspensión sólo se podrá aplicar a servidores públicos, con la duración prevista por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.”

“Art. 43.- Contra cualquiera providencia en que se imponga alguna corrección disciplinaria, se oirá al interesado, si lo solicita dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que tenga conocimiento de ella. En vista de lo que manifieste el interesado, el funcionario que la hubiere impuesto resolverá desde luego lo que estime procedente.”

Ahora bien, conviene señalar que el tema que nos interesa se ubica en la etapa de averiguación previa, en la que considero que el Ministerio Público carece de la prerrogativa de imponer alguna corrección disciplinaria, pues como puede verse, el artículo 33 referido, sólo alude a los “tribunales”; es decir, a la autoridad judicial representada por el Juez o por el Magistrado, en su caso.

Lo que no podemos dejar de mencionar es, que el Representante Social tiene facultades expresas solamente para decretar medios de apremio, según se advierte del numeral 44 del CFPP, de cuyo texto se observa que sí puede aplicarlos en las diligencias de averiguación previa, al establecer que: *“El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio...”*

En razón de lo anterior, el testigo no podrá ser objeto de corrección disciplinaria alguna en la fase de averiguación previa y si en un momento dado se le pretende ejecutar, ese acto sería a todas luces inconstitucional por carecer la autoridad investigadora de facultades para llevarlo a cabo.

En todo caso, el testigo deberá pedir la audiencia que prevé el citado numeral 43 del Código Federal de Procedimientos Penales y exponer los argumentos en el sentido apuntado anteriormente; y en el supuesto de que ello no prosperara, en mi concepto está en aptitud de promover demanda de amparo indirecto para combatir la resolución que se dicte al respecto.

Sobre el particular existe la siguiente tesis emitida por el H. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“CORRECCIONES DISCIPLINARIAS IMPUESTAS POR UN JUEZ DE DISTRITO. EL JUICIO DE AMPARO ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN QUE AQUELLAS SE FUNDAN. De lo dispuesto en el artículo 73, fracción II, de la Ley de Amparo, se advierte que las resoluciones definitivas o de trámite, dictadas en un juicio de amparo, no pueden ser objeto de otro juicio de la misma naturaleza, porque ello implicaría permitir un juicio de amparo contra actos de otro juicio de amparo, provocando una sucesión de juicios sin fin de la misma naturaleza; sin embargo, cuando el acto reclamado consiste en una determinación dictada por un Juez de Distrito en un expedientillo formado con motivo de una corrección disciplinaria, el amparo que en su contra se promueva si es procedente para impugnar la constitucionalidad de la ley en que aquella se fundamenta, por no tratarse de una resolución emitida en la substanciación del juicio de garantías.

Amparo en revisión 1767/95. Martín de la Garza Villanueva. 20 de mayo de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Irma Rodríguez Franco.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de julio en curso, aprobó, con el número CII/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a once de julio de mil novecientos noventa y seis.”¹⁷⁹

En tal virtud, el testigo como cualquier otro gobernado está en aptitud legal de acudir al juicio de amparo indirecto y plantear la inconstitucionalidad de tal medida decretada en su contra.

¹⁷⁹ Semanario Judicial de la Federación. Novena Epoca, Pleno, Tomo IV. Agosto de 1996. Tesis P. CII/96. 62 p.

2.- Medidas de apremio

El testigo tiene tres deberes fundamentales frente a la autoridad investigadora, que son: a) Comparecer ante esta última, b) Rendir la protesta de decir la verdad y c) Declarar lo que sabe acerca del hecho delictuoso.

Todo lo anterior se genera a raíz de la facultad que tiene el Agente del Ministerio Público de citar al testigo conforme a los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, que ya vimos en capítulos que anteceden.

Ahora bien, para que el Fiscal pueda hacer cumplir la resolución en la que ordena citar al testigo está en aptitud de hacer uso de los medios de apremio, según lo dispone el numeral 44 del CFPP¹⁸⁰, que establece:

“Art. 44.- El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio:

I.-Multa por el equivalente a entre uno y treinta días de salario mínimo, vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingreso;

II.-Auxilio de la fuerza pública; y

III.-Arresto hasta de treinta y seis horas.

En ese sentido, el Representante Social dispone de los citados medios de coerción para hacer comparecer ante él a la persona citada; sin embargo, somos de la opinión de que esa facultad está sujeta al principio de legalidad que debe prevalecer en toda clase de procedimiento, pues no puede quedar a la simple consideración de la autoridad investigadora la aplicación de la medida de apremio sino que en mi criterio de haber constancia fehaciente de que la formalidad de la cita

cumplió con su cometido, que es precisamente hacerle saber al directamente interesado el mandato de autoridad y de que quedó enterado a lo que se expone en caso de contumacia.

Además, previo al dictado de cualquier medida de apremio en contra de alguna persona, el Ministerio Público deberá cerciorarse de que se cumplieron las formalidades establecidas en el capítulo IX, del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁸¹, que se denomina "CITACIONES" y que abarca del artículo 73 a 85, pues de lo contrario, en mi opinión, resultaría violatorio de garantías.

La obligación del testigo de comparecer ante la autoridad investigadora es ineludible aún en el caso de que se encuentre en alguno de los supuestos de excepción al deber de rendir declaración que establece el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues si dejara de hacerlo alegando estar amparado por dicha disposición legal, podría hacerse acreedor a una medida de apremio, puesto que necesariamente lo tendría que hacer en presencia del Representante Social para que éste estuviera en aptitud de verificar su vínculo con el inculpado. En este sentido se encuentra redactada la siguiente tesis:

"TESTIGO LIGADO AL INCULPADO. EL HECHO DE NO ESTAR OBLIGADO A DECLARAR NO LO EXIME DEL DEBER DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ A MANIFESTAR SU VOLUNTAD. Es inexacto que el

derecho de no ser obligado a declarar, que la ley le confiere al que esté ligado con el inculpado por amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, sea susceptible de ejercerse no asistiendo a la audiencia que con motivo de su comparecencia tenga lugar, dado que si bien es verdad que el derecho a no rendir declaración le asiste, no debe soslayarse que corresponde a la autoridad judicial verificar el vínculo con el imputado, pues de lo contrario, la regla general de que está obligado a declarar todo aquel a quien le consten hechos relacionados con ilícitos, quedaría sujeta al arbitrio personal, además de que el testigo puede hacerse acreedor a cualquiera de las medidas de apremio decretadas por el Juez responsable, y su conducta omisiva se ubica en el delito de desobediencia y resistencia de particulares.

¹⁸⁰ Op. cit. 193-194 ps.

¹⁸¹ Op. cit. 199-202 ps.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 479/96. Emilia Margarita González León. 19 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo V. Monroy Gómez. Secretario: Francisco J. García Solís.¹⁸²

No obstante lo anterior, en la práctica se presenta la problemática de ¿Cómo probarle al Agente del Ministerio Público?, los lazos de amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, por ser cuestiones tan subjetivas relacionadas primordialmente con sentimientos de una persona a otra, tal y como lo expusimos en el capítulo X, Vid. Supra p. 191.

Esto ha generado un constante debate con la autoridad investigadora porque en ocasiones no le basta la manifestación del declarante en el sentido de que está relacionado con el indiciado por vínculos de amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, sino que exige prueba sobre ello y si no le satisface acude a los medios de apremio para compeler al testigo a que declare; lo que en mi opinión, es incorrecto dado que en estos casos no se puede pedir una probanza tan rigurosa tomando en cuenta precisamente que son cuestiones meramente subjetivas; y que en todo caso, lo que debe quedar probado es la relación entre la persona del testigo y la del inculpado.

2.1. Los medios de apremio como elemento del delito de desobediencia y resistencia de particulares.

Es tal la importancia de los medios de apremio que en incluso están contemplados como elemento constitutivo del tipo penal de desobediencia y resistencia de particulares a que se refieren los artículos 179, 182 y 183 del Código Penal Federal¹⁸³, que prevén:

¹⁸² Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. Tomo V, Febrero de 1997, Tesis XIV 2º 51 P, 802 p.

¹⁸³ Op. cit. 66-67 ps.

“Art. 179.- El que sin excusa se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia *después de haber sido apremiado* por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar.”

“Art. 182.- El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y *agotados sus medios de apremio*, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de diez a treinta días de multa. En caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno a seis meses o de treinta a noventa días multa.”

Art. 183.- Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia *cuando se hubieren agotado los medios de apremio.*”

Así las cosas, conforme a lo anterior resulta claro que necesariamente debe haber constancia fehaciente en el expediente de que se agotaron los medios de apremio para que se pueda configurar tal ilícito.

Sobre el particular conviene citar los conceptos de los autores Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López¹⁸⁴, quienes apuntan lo siguiente: P. 152.

“...Consecuentemente, sólo podrá existir desobediencia en estos casos, cuando haya existido apremio o apercibimiento de parte de la autoridad judicial o administrativa. Aunque la ley no exige agotar los medios de apremio, debe entenderse que cuando la ley ordinaria aplicable señala varias medidas de apremio, no basta que el acusado haya sido apremiado por cualquiera de las autoridades citadas, para que la desobediencia caiga bajo las sanciones prescritas en el mencionado artículo 178, sino que se requiere el agotamiento de los medios procedentes....”

Bajo esa perspectiva, la asistencia legal al testigo durante su declaración en la averiguación es de suma importancia porque puede ser apremiado en ese momento para que conteste lo que se le pregunta; lo que significa que el abogado deberá estar muy pendiente de impugnar los cuestionamientos del Agente del Ministerio Público

¹⁸⁴ Francisco Pavón Vasconcelos et. al. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, México, 1981. 152 p.

que considere inconducentes o contra derecho y solicitar que quede asentada dicha objeción, pues recuérdese que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no resuelve si la impugnación de la interrogante basta para que ya no se le formule; lo que quiere decir, que existe la posibilidad real de que a consideración del Fiscal la pregunta no tenga las características que alega el letrado; y en su caso, insista en que deberá contestarla el testigo con la consecuente aplicación del medio de apremio respectivo, en el supuesto de que el testigo se niegue a hacerlo.

Además, es importante que el abogado pida al Representante Social que asiente en la misma acta las razones y fundamentos legales en los que basa su decisión para que el testigo responda la pregunta a pesar de haber sido impugnada, pues de esta manera se protege la situación legal del declarante, ya que con ello provoca la existencia de una resolución de la autoridad investigadora, que le daría la oportunidad de combatirla a través del juicio de amparo indirecto, al no contemplarse en la Ley Procesal Penal, algún recurso ordinario por el que pudiera ser estudiada previo al sumario constitucional.

3.- Delito de desobediencia y resistencia de particulares.

Como lo hemos venido señalando, la situación procesal del testigo es sumamente delicada tomando en cuenta que ello le puede generar la aplicación de medidas de apremio, como la multa, el uso de la fuerza pública y el arresto hasta por treinta y seis horas, de acuerdo con el texto del artículo 44 del CFPP; pero no solo está expuesto a esto último, sino que una vez agotadas las medidas indicadas y no se ha logrado su comparecencia, o bien, se ha negado a rendir protesta de decir verdad; y en su caso, se niega a declarar, lo puede llevar a incurrir en el delito de desobediencia y resistencia de particulares, que está contemplado en el Título Sexto, relativo a los delitos contra la autoridad, capítulo I, del Código Penal Federal, en sus artículos 179, 182 y 183.

Es importante hacer el estudio de tales figuras típicas porque en mi opinión está relacionado con uno de los objetivos de la asistencia legal al testigo en su declaración ministerial; es decir, evitar que el declarante incurra en el ilícito mencionado, dándole la asesoría previa necesaria sobre las consecuencias a que se expone en el caso de que no desee comparecer, rendir la protesta de ley o declarar.

3.1. El tipo penal contenido en el artículo 179 del Código Penal Federal.

El artículo 179 del Código Penal Federal¹⁸⁵, dispone: *“El que sin excusa se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar.”*

Se comete este delito por la negativa a comparecer ante la autoridad judicial o administrativa a rendir su declaración, siempre y cuando se hayan agotado los medios de apremio que prevé, en su caso, la ley que regula el procedimiento en el que se requiere la comparecencia del testigo y que éste no haya justificado una excusa que le impida acudir a exponer su conocimiento sobre los hechos delictuosos.

Así las cosas, podemos decir que los elementos constitutivos del citado ilícito son los siguientes:

a).- Una resolución de la autoridad judicial o administrativa en la que se funde y motive la necesidad de que comparezca ante ellas una persona física determinada para que rinda su declaración, en la que se ordena enviarle la cédula citatoria

correspondiente, pues de otra manera, no podría considerarse que se le exige su comparecencia legalmente.

En otras palabras, debe mediar un acuerdo del Agente del Ministerio Público en el que funde y motive la exigencia de la comparecencia del testigo, lo que se materializa a través de la cita cuando se entrega a este último.

b).- La negativa a comparecer ante la autoridad judicial o administrativa que legalmente le haya requerido su declaración.

c).- Que esa negativa a comparecer no esté sustentada en alguna excusa legal alegada por quien deba declarar que le impida acudir ante el Funcionario Público respectivo a rendir su declaración.

Algunas de las excusas legales que puede argumentar el testigo, son las que establece el artículo 73 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁸⁶, cuyo contenido es el siguiente:

“Art. 73.- Con excepción de los altos funcionarios de la Federación, toda persona está obligada a presentarse ante los tribunales y ante el Ministerio Público cuando sea citada, a menos que no pueda hacerlo porque padezca alguna enfermedad que se lo impida, o tenga alguna otra imposibilidad física para presentarse.”

De acuerdo con lo anterior, tendrán excusa legal para no comparecer ante la autoridad a rendir su declaración: 1).- Los altos Funcionarios de la Federación, 2).- Los que padezcan alguna enfermedad que les impida hacerlo, 3).- Los que tengan alguna otra imposibilidad física para presentarse.

¹⁸⁵ Op. cit. 66 p.

¹⁸⁶ Op. cit. 199 p.

El autor Francisco González de la Vega¹⁸⁷, al estudiar dicha figura delictiva menciona como ejemplo de excepción a la regla general de comparecer ante la autoridad a rendir declaración, los supuestos legales del artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, y lo refiere así:

“Art. 179.- El que sin excusa se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar.

Véanse arts. 32, 195 a 202 del C. Común de P.P. y arts. 44 y 73 a 85 del C. Fed. de P.P.

No están obligados a declarar en juicio, pero pueden hacerlo si es su voluntad, los tutores, curadores, pupilos o cónyuges del acusado; sus parientes por consanguinidad o por afinidad en línea recta ascendiente o descendiente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive; o estar ligado con el acusado por amor, respeto o gratitud (arts. 192 C. Común de P.P. y 243 del C. Fed. de P.P.).”

El mismo ejemplo señalan Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López¹⁸⁸, al mencionar que:

“...Los códigos procesales de la materia imponen, a todo testigo,[®] la obligación de declarar y rendir la protesta y conducirse con verdad, siendo principio reconocido el que los tribunales examinarán a los testigos, salvo las excepciones señaladas por las propias leyes, las que ordinariamente comprenden, entre otros, a los parientes más cercanos y a las personas ligadas con el inculcado por amor, respeto o amistad, quienes si bien en principio pueden negarse a declarar en contra de él, podrán rendir declaración si manifiestan que ese es su deseo...”

No obstante la opinión de los reconocidos escritores, en mi criterio, la hipótesis normativa contenida en el artículo 243 del CFPP, no puede constituir excusa para dejar de comparecer ante el Agente del Ministerio Público, entendiéndose esto último

¹⁸⁷ Francisco González De la Vega *El Código Penal Comentado*. 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 1989. 296 p.

como la acción de acudir al local de la Agencia y presentarse al Funcionario Público citado, puesto que si el declarante considera estar en alguno de los supuestos legales del mencionado numeral, comoquiera es su deber asistir y manifestar tal excepción al deber de declarar; por lo tanto, sólo podría operar respecto a la obligación de rendir protesta de decir la verdad y a la de otorgar su testimonio, en cuyo caso estaría exento de hacerlo.

Con relación a lo anterior, existe la tesis que mencionamos en líneas anteriores, cuyo rubro es: **“TESTIGO LIGADO AL INCULPADO. EL HECHO DE NO ESTAR OBLIGADO A DECLARAR NO LO EXIME DEL DEBER DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ A MANIFESTAR SU VOLUNTAD”**, que vale la pena volver a citar por estar íntimamente vinculada con el tema de que se trata:

En ese orden de ideas, los supuestos legales del artículo 243 del Código Federal, sólo podrían constituir excepción a la regla general de otorgar la protesta de ley y de declarar, pero no para dejar de comparecer ante la autoridad a manifestar su voluntad, pues a pesar de que pudiera estar en alguna de las hipótesis del referido numeral, necesariamente el órgano del Estado, debe tomar conocimiento de ello, lo que solamente se logra a través de la comparecencia personal.

d).- Que se hayan agotado los medios de apremio que establezca la ley que regula el procedimiento en el que se requiere la declaración de la persona que ha sido llamada a rendir testimonio.

e).- Una vez agotados de los medios de apremio indicados, que exista constancia fehaciente de contumacia por parte del sujeto que ha sido llamado a declarar; es decir, prueba de la insistencia en desobedecer el mandato de la autoridad.

¹⁸⁹ Francisco Pavón Vasconcelos et. al. Op cit. 152 p.

f).- Un nexo de causalidad; es decir, la relación entre la conducta y el resultado.

3.2. El tipo penal contenido en el artículo 182 del Código Penal Federal.

El artículo 182 del Código Penal Federal¹⁸⁹, establece: *“El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de diez a treinta días de multa. En caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno a seis meses o de treinta a noventa días multa.”*

La conducta principal de esta figura delictiva, es la reincidencia en la negativa dolosa a rendir la protesta de ley o a declarar en el acto de la diligencia, sin que le favorezca alguna de las excepciones al deber de hacerlo.

En ese sentido, los elementos constitutivos del mencionado delito son:

1).- La existencia de una persona física determinada que deba ser examinada en juicio, como lo serían los testigos, los peritos o los intérpretes. ®

2).- Que las mencionadas personas se nieguen a rendir la protesta de ley o declarar.

3).- Que no les asista alguna de las excepciones al deber de rendir la protesta de ley o a declarar, establecidas en el Código Penal Federal o en el Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁸⁹ Op. cit. 66 p.

Considero que algunas de las excepciones establecidas en el CPF son las causas de justificación que se establecen en el artículo 400¹⁹⁰, que tipifica el delito de encubrimiento, y que están contenidas en los siguientes términos:

“...No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.”

En lo que se refiere a las excepciones que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, es evidente que en este caso, si operan los supuestos del artículo 243 del mismo Ordenamiento Legal.

En efecto, como se desprende del contenido de dicho numeral, al establecer “No se obligará a declarar...”, en todo caso, constituye una excepción al deber de otorgar testimonio; y como consecuencia de ello, de rendir la protesta de ley, pero no para dejar de comparecer ante la autoridad que ha hecho el requerimiento.

4).- Que exista constancia fehaciente de que se hayan agotado los medios de apremio.

5).- Que exista constancia fehaciente de que el obligado a declarar haya incurrido en reincidencia respecto a su negativa a deponer y a rendir protesta de ley, dado que ésta es la condicionante para tal conducta sea punible.

En efecto, la simple negativa a declarar o rendir protesta; es decir, por una sola ocasión sólo tendría como consecuencia la imposición de una multa; pero si es

¹⁹⁰ Op. cit. 155-156 ps.

por dos o más ocasiones (reincidencia), entonces, procede imponer la pena de prisión de uno a seis meses o de treinta a noventa días multa, como sanción alternativa.

El contenido del artículo 182 del Código Penal Federal, reúne las características de una falta administrativa y de un delito a la vez, pues la simple negativa a declarar o rendir protesta sólo tiene como sanción la imposición de una multa y para que ésta sea punible requiere que el obligado a declarar reincida en su postura de no deponer, para lo que se establece una pena alternativa; es decir, una de prisión o multa.

6).- **Un nexa causal;** es decir, la relación entre la conducta y el resultado.

Para Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López¹⁹¹, este delito sólo puede cometerse ante la autoridad judicial, y lo refieren de la siguiente manera:

“...A diferencia del artículo 179, no se trata aquí de una desobediencia a comparecer ante cualquier autoridad. En primer lugar la conducta es diversa, pues mientras en el tipo del artículo 179 el delito se perfecciona por la negativa a comparecer, en el del artículo 182 el sujeto se niega a otorgar la protesta de ley o a declarar; en segundo término, el tipo primeramente mencionado alude a cualquier clase de autoridad, en tanto el último se refiere exclusivamente a la autoridad judicial. Como bien dice CARRANCÁ y TRUJILLO, este subtipo se refiere a quienes no siendo acusados, son en general llamados a declarar ante los tribunales y resulta especialmente aplicable a los testigos...”

Resulta importante la observación que hacen los destacados autores, pues en efecto, en la redacción del tipo penal en comentario, se advierte *“El que debiendo ser examinado en juicio...”*, lo que significa que esa conducta sólo podría ser antijurídica si se da durante el juicio ante el Juez o Magistrado, que son los Funcionarios Públicos que representan a la autoridad judicial en el procedimiento penal.

Ahora bien, bajo esa perspectiva, tal ilícito no se podría configurar en la averiguación previa porque ésta es sólo uno de los procedimientos que se contemplan en el Código de Procedimientos Penales, pero que definitivamente no conforma el juicio propiamente; lo anterior en atención a lo establecido en el artículo 1º del mismo Ordenamiento Legal, que dice:

Art. 1.- El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

Por su parte, el Título Noveno del Código Federal de Procedimientos Penales, se denomina "JUICIO" y su capítulo I, es relativo al "*Procedimiento ante los Jueces de Distrito*", que comienza con el artículo 305 de la referida Ley Procesal¹⁹², que a la letra dice:

"Art. 305.- El mismo día en que el inculcado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que se haga la declaración a que se refiere el artículo 297, se citará a la audiencia de vista que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia."

Así las cosas, es evidente que la etapa del juicio sólo puede darse ante la autoridad judicial como lo señalan Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López; por lo tanto, el delito previsto en el numeral 182 del Código Penal Federal, no puede configurarse en la fase de averiguación previa; y siendo así, el testigo que tenga que rendir declaración en la indagatoria no podría ser sujeto activo del ilícito en comentario, cuando se negara a rendir la protesta de ley o a declarar, porque como lo hemos señalado, ello sólo sería punible cuando se comete durante el juicio ante el Juez de Distrito atendiendo al principio de exacta aplicación de la ley, que debe prevalecer en materia penal.

¹⁹¹ Op. cit. 160-161 ps.

4.- Delito de falsedad

El testigo también puede incurrir en el delito de falsedad establecido en el artículo 247, fracciones I y II¹⁹³, del Código Penal Federal, que declara:

"Art.- 247.- Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días de multa:

I.- Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad.

II.- Al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictamen, ya sea afirmando, negando, u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan. La sanción podrá ser hasta de quince años de prisión para el testigo o peritos falsos que fueran examinados en un procedimiento penal, cuando el reo se le imponga de más de veinte años de prisión, por haber dado fuerza probatoria al testimonio o peritaje falsos."

De acuerdo con lo anterior, adquiere relevancia para el tema que se investiga la fracción I, del numeral citado, porque en mi opinión, es la hipótesis normativa que pudiera configurarse en la etapa de averiguación previa, al establecer "*Al que interrogado por la autoridad pública distinta de la judicial...*", pues esto quiere decir, que al ser interrogado el testigo por el Ministerio Público, que es una autoridad pública distinta de la judicial, es susceptible de cometer el ilícito mencionado, al faltar a su deber de decir la verdad.

Respecto a la fracción II, si bien se refiere específicamente al testigo, es evidente que el tipo penal contemplado en este apartado sólo puede configurarse cuando el declarante es examinado por la autoridad judicial; por lo que, sin

¹⁹² Op. cit 264-265 ps.

considerar que sea menos importante que el de la fracción I, lo cierto es, que para el objetivo trazado en esta investigación nos interesa la situación procesal del testigo en la averiguación previa; es decir, frente al Representante Social.

En ese orden de ideas, el delito de falsedad tipificado por la fracción I, del artículo 247 del CPF, tiene los siguientes elementos constitutivos:

a).- La existencia de una persona física interrogada por cualquier autoridad pública, con excepción de la judicial.

b).- Que la autoridad pública haga el interrogatorio en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.

c).- Que la persona a quien se le formula interrogatorio falte al deber de decir la verdad.

d).- Un nexo de causalidad.

Como puede verse, este delito lo puede cometer toda persona que sea cuestionada por cualquier autoridad pública, excepto la judicial, en cuyo contexto entran los testigos que tienen el deber de rendir declaración ante el Fiscal Investigador; y por ende, decir la verdad sobre los hechos de los que tienen conocimiento en la etapa de averiguación previa.

Otro aspecto importante que no debemos pasar por alto, es el relativo a que la fracción I, del artículo 247 del CPF, está relacionada con el diverso 255 del CFPP, que establece la posibilidad real de que el testigo pueda ser detenido bajo la figura de la flagrancia en el preciso momento de su declaración, siempre que sea manifiesta la comisión del delito de falsedad. Este último precepto dispone:

¹⁹³ Op. cit. 107-108 ps.

“Art. 255.- Si de lo actuado apareciere que algún testigo se ha producido con falsedad, se mandaràn compulsar las constancias conducentes para la investigación de ese delito y se hará la consignación respectiva al Ministerio Público sin que esto sea motivo para que se suspenda el procedimiento; *si en el momento de rendir su declaración el testigo, apareciere que es manifiesta la comisión del delito de falsedad, será detenido desde luego y consignado al Ministerio Público.*”

Es preciso señalar que el numeral 255 en comentario, puede ser aplicado por el Representante Social en la integración de la averiguación previa, por disposición expresa del diverso 132 del Código Federal Adjetivo Penal, por encontrarse inmerso en el Título Sexto de dicho Ordenamiento Legal.

Por ello la importancia de la asistencia legal al testigo durante su declaración en la fase indagatoria, pues en mi concepto, uno de los fines de ésta es precisamente informar al testigo de los derechos y garantías procesales con las que cuenta, así como de todos y cada uno de sus deberes que tiene frente a la autoridad investigadora; y por ende, de las consecuencias a las que se vería expuesto en caso de incumplimiento, a fin de evitar que se vea perjudicado en su persona e incluso en su libertad.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

XIII.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 127 BIS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El tema central de esta investigación es el análisis del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y a lo largo de la exposición de los anteriores capítulos lo hemos venido relacionando con los diversos tópicos, a fin de llegar a este punto con la suficiente información que me permita hacer el discernimiento de tan importante norma.

En efecto, era necesario acudir a los antecedentes históricos para verificar la situación procesal del testigo en el pasado y desde el punto de vista de la legislación mexicana analizar las opiniones doctrinarias sobre el asunto; así como también era indispensable asomarnos al derecho procesal penal comparado, establecer las facultades de la autoridad investigadora para hacerlo comparecer ante ella e interrogarlo, sus derechos y deberes en el acto de su declaración, las consecuencias legales a las que se expone en caso de incumplimiento a estos últimos y las conductas delictivas en las que puede incurrir. Todo ello con la finalidad de sustentar la asistencia legal al testigo en la averiguación previa.

En este apartado haremos el desmembramiento del contenido jurídico del artículo 127 bis en comentario, a fin de estudiar cada uno de sus conceptos y relacionarlos con los que ya han sido previamente analizados para cumplir con el objetivo trazado. El citado numeral declara:

“Art. 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.

1.- Concepto de “Toda persona”

A simple vista parece sencillo y que no requiere mayor explicación esta primera frase del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; sin embargo, ello no es así, por lo siguiente:

Es innegable que la disposición legal en análisis, no se refiere a un sujeto en específico sino que emplea el término “Toda persona”; es decir, es una redacción lato sensu, que nos da la idea de ser completa, total, íntegra, absoluta y entera; por lo que en nuestra opinión y a la luz del subsecuente texto del artículo 127 bis, no sólo se refiere al inculpado sino también al testigo, cuyo sustento de tal aseveración la encontramos precisamente en los diversos 123, 124 y 125 del CFPP, a los cuales nos remite y que serán motivo de estudio más adelante.

Sobre el particular es importante citar los estudios del maestro Sergio García Ramírez, en su obra “Proceso Penal y Derechos Humanos”¹⁹⁴, en la que señala lo siguiente:

“...El propio Dictamen de los Diputados propone una modificación al texto del artículo 127 bis del CFPP, presentado en la Iniciativa. Ésta dice que quien declara tiene derecho a ser asistido por un defensor nombrado por él. **Por su parte, el dictamen sustituye la palabra “defensor” por “abogado”. Razona la pertinencia de ésta “en el sentido lato e informal del término”, en virtud de que las disposiciones correspondientes “se refieren no sólo al inculpado, sino a cualquier persona que pudiera ser citada por tener alguna relación o conocimiento sobre los hechos materia de la indagatoria.”**

En ese orden de ideas, no cabe duda de que la intención del legislador fue en el sentido de proteger a todo individuo que tuviera que rendir declaración en la indagatoria y no solamente al indiciado, entendiéndose por esta última (declaración)

¹⁹⁴ Sergio García Ramírez. Op. cit. 87 p

“Es la relación que hace una persona acerca de determinados hechos personas o circunstancias vinculadas con la averiguación previa y que se incorpora a la misma...”, según las ideas del autor César Augusto Osorio y Nieto¹⁹⁵.

Para dejar en claro el concepto de persona recurrimos a la opinión de reconocidos doctrinarios que a continuación me permito citar.

Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara¹⁹⁶ apuntan “...En el tecnicismo jurídico los sujetos del derecho reciben el nombre de personas. Las personas son los únicos posibles sujetos del derecho. Persona es el ser de existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones.”

Eduardo García Maynez¹⁹⁷, “se le da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes.” P. 271.

Hans Kelsen¹⁹⁸, “La teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de derechos con el de persona. Define: persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones...” p. 182.

Ignacio Burgoa¹⁹⁹, refiere “Como lo hace notar el mismo autor, “en Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v. gr., la racionalidad, la individualidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto a la de la realidad, subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí

¹⁹⁵ César Augusto Osorio y Nieto. *La Aveniguación Previa* 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998. 14 p.

¹⁹⁶ Rafael De Pina et. al. Op. cit. 404 p.

¹⁹⁷ Eduardo García Maynez. *Introducción al estudio del Derecho*. 35ª ed. Ed. Porrúa, México, 1984. 271 p.

¹⁹⁸ Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho* 11ª ed. Ed. Porrúa, México, 2000. 182 p.

¹⁹⁹ Ignacio Burgoa. *Las Garantías Individuales*. 19ª ed. Ed. Porrúa, México, 1985. 18 p.

mismo y que cabalmente por eso, posee dignidad, a diferencia de todos los demás....”

De acuerdo con las ideas de los autores mencionados, podemos afirmar con certeza que todo aquel individuo capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones y que se encuentre comprendido dentro de los supuestos de los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, es titular del derecho a la asistencia de un abogado en su declaración que establece el numeral 127 bis del mismo Ordenamiento Legal, en el trámite de la indagatoria.

2.- ¿Cuáles son las personas que han de rendir declaración en los casos de los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales?

El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos, refiere que *“Toda persona que haya de rendir declaración en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él”*; lo que necesariamente nos obliga a escudriñar el contenido de los mencionados preceptos para establecer los supuestos legales que regulan y así estar en condiciones de poder determinar qué personas son las que tienen que rendir declaración en estos casos.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Es importante señalar que los artículos 124 y 125 del CFPP están ubicados en el Título Segundo, que se refiere a la “Averiguación Previa”, en su capítulo II, denominado *“Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa”*. Estas características de las normas en comentario me lleva a considerar que su contenido prevalece sobre cualquier regla general relacionada con éstas, precisamente por tener el carácter de especiales, en lo que

cabe citar las máximas *Generali per speciale procul dubio derogatur*²⁰⁰ y *Lex specialis derogat generali*²⁰¹.

Como es de verse, dicho dispositivo legal (127 bis) nos remite al diverso 124 y éste a su vez nos envía al 123 del mismo Código, los cuales a la letra dicen:

“Art. 123.- Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar seguridad y auxilio a las **víctimas**; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; **saber qué personas fueron testigos**; evitar que el delito se siga cometiendo y, en general impedir que se dificulte la averiguación, **procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante.**

Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada.

El Ministerio Público **sólo podrá ordenar la detención de una persona**, cuando se trate de delito flagrante o de caso urgente, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución y en los términos de los artículos 193 y 194 respectivamente.”

“Art. 124.- En el caso del artículo anterior, se procederá a levantar el acta correspondiente, que contendrá: la hora, fecha y modo en que se tenga conocimiento de los hechos; **el nombre y carácter de la persona que dio noticia de ellos**, y su declaración, **así como la de los testigos** cuyos dichos sean más importantes y **la del inculpado**, si se encontrase presente, incluyendo el grupo étnico indígena al que pertenece, en su caso; la descripción de lo que haya sido objeto de inspección ocular; **los nombres y domicilios de los testigos** que no se hayan podido examinar; el resultado de la observación de las particularidades que se hayan notado a raíz de ocurridos los hechos, **en las personas que en ellas intervengan**; las medidas y providencias que se hayan tomado para la investigación de los hechos, así como los demás datos y circunstancias que se estime necesario hacer constar.”

“Art. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, **a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos.** En el acta se hará constar quién mencionó

²⁰⁰ Edgar Elias Azar. *Frases y Expresiones Latinas*. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002. 127 p.

²⁰¹ *Ibidem*. 187 p.

a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.”

El autor Rafael Pérez Palma²⁰² considera que las diligencias que practica el Ministerio Público y sus auxiliares inmediatamente que tiene conocimiento de la comisión del ilícito, son la base de lo que conocemos como “Averiguación Previa”, y lo refiere de esta manera:

“Las diligencias que practica el Ministerio Público o sus auxiliares, desde el momento en que tiene noticia de la comisión de algún delito, llevan el nombre de Diligencias de Policía Judicial y su conjunto forma la averiguación previa, que como hemos dicho en otros países se le llama “instrucción sumaria”.

Así las cosas, podemos decir, que los numerales 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen el procedimiento que constituye la averiguación previa a que se refiere el artículo 1º, fracción I, de igual Ley, a fin de que el Representante Social resuelva si ejerce o no la acción penal.

Como consecuencia de lo anterior, también debo señalar que el artículo 127 bis en estudio, es una regla especial para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa, por estar inmersa en el citado Título Segundo, capítulo II, del Código Federal de Procedimientos Penales; luego entonces, la referida disposición legal sólo tiene aplicación en la fase indagatoria.

Aclarado lo anterior, es preciso determinar quiénes son las personas que podrían en un momento dado rendir declaración dentro del estadio procesal que se analiza; por lo que de acuerdo con el texto del artículo 123 del CFPP, se desprende lo siguiente:

²⁰² Rafael Pérez Palma. Op. cit. 341-342 ps.

- i).- Víctimas del delito
- ii).- Testigos
- iii).- Detenidos

Del diverso 124 se advierte que las personas a las que se deberá recabar su declaración son las que a continuación señalo:

- i).- De la que dio noticia del hecho delictuoso.
- ii).- La de los testigos cuyos dichos sean más importantes.
- iii).- La del inculpado.

Por su parte, el artículo 125 establece que el Ministerio Público podrá citar para que declaren a las siguientes personas:

- i).- Las que por cualquier concepto participen en ellos.
- ii).- Las que aparezcan tengan datos sobre los mismos.

De acuerdo con lo antecede, resulta claro que una de las personas que tiene que rendir declaración en el período de indagaciones regulado por los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos, son los testigos; siendo por lo tanto, el sujeto que interesa al tema a tratar, sin que por ello se entienda que la situación procesal de la víctima del delito y la del detenido o indiciado sea menos importante, sólo que el objetivo de esta investigación exige el estudio exhaustivo del primero de los nombrados.

Esta postura coincide con las ideas de los autores Julio Antonio Hernández Pliego y Miguel Héctor Ponce Ramírez, quienes en sus respectivas obras consideran que desde el punto de vista jurídico, es viable que el testigo sea asistido por un abogado durante su declaración en la averiguación previa, sustentando su

razonamiento primordialmente en el análisis que hacen al contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, tal y como lo vimos en el capítulo IV, Vid. Supra p. 55-59.

Además, no puedo dejar de mencionar que el Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, es sumamente categórico en lo que a dicho punto se refiere, pues de una manera diáfana establece la asistencia legal al testigo en la etapa indagatoria, según lo establecen sus artículos 245, 246, 247 y 248, los cuales fueron analizados en el capítulo VI, Vid. Supra p. 100; lo que definitivamente apoya nuestra postura por tener similitud con lo previsto en el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que se analiza.

3.- El derecho del testigo a la asistencia legal en la averiguación previa.

En consideración a los argumentos vertidos en los apartados que anteceden, podemos afirmar con certeza que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, establece el derecho que tiene el testigo de ser asistido por un abogado nombrado por él, en la declaración que tenga que rendir en la fase de averiguación previa, lo que mi opinión constituye una verdadera garantía procesal. Además el tema fue ampliamente tratado cuando vimos los derechos del testigo en la averiguación previa, capítulo X, inciso 11, de este trabajo. Vid. Supra p. 188.

Cabe apuntar, que tal prerrogativa del testigo tiene una característica que no podemos dejar de mencionar, y que consiste en que debe ser él quien nombre al abogado que habrá de asistirlo en su deposición; es decir, el numeral en comentario no establece la posibilidad de que el Ministerio Público o sus auxiliares tengan la obligación de designarle uno, en el caso de que el declarante no quiera hacerlo o no lo pueda hacer en ese momento.

Lo que si consideramos que es una obligación de la autoridad investigadora, es informar al testigo que cuenta con tal derecho y que lo puede ejercer en el acto de su declaración y dependerá de este último efectuar la designación respectiva o abstenerse de hacerlo. En mi opinión, no existe impedimento alguno para que el nombramiento del letrado pueda recaer en el llamado “defensor público” para que asista el testigo.

También es indispensable tratar el aspecto relativo a que de acuerdo con el artículo motivo de esta investigación, solamente un abogado podría llevar a cabo la función de asistencia al testigo en su deposición ante el Ministerio Público.

Resulta oportuno mencionar que para algunos resulta difícil aceptar la postura de que el testigo pueda ser legalmente asistido en su declaración porque ello choca con la idea de que el Estado tiene la necesidad de procurar y administrar justicia, y que en razón de esto, se debe proteger a la prueba testimonial de cualquier garantía a efecto de que el declarante no sea influenciado para alterar la verdad real de los hechos delictuosos.

Sobre el particular, el autor Marco Antonio Díaz De León²⁰³, expone sus ideas:

“...Debido a que en el proceso penal no ha perdido relevancia este medio de probar, resulta importante proteger a la prueba testimonial de todas las garantías posibles, a efecto de que los jueces puedan satisfacer su convicción de la mejor manera, ya que aun suponiendo la honestidad del testigo, por su imaginación o por el tiempo transcurrido entre el suceso y su declaración, puede resultar que su declaración no se apege a la verdad de los hechos por él relatados...”

No obstante lo expuesto por el referido doctrinario, en mi concepto, la necesidad de crear normas como el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que protege la situación procesal del testigo en su

declaración, se debe a la experiencia del pasado en donde encontramos diversos antecedentes que han atentado no sólo respecto al aspecto jurídico sino también a su persona, según lo vimos en los capítulos I y II, de esta investigación. Vid. Supra p. 1 y 15.

Además de que, como lo dejamos establecido en el capítulo X, el testigo cuenta con diversos derechos y garantías procesales de los que debe ser informado previo a su declaración para que sean respetados durante la misma.

Romper el paradigma que significa proteger a la prueba testimonial de cualquier garantía, implica aceptar la coexistencia de la asistencia legal al testigo sin trastocar la esencia del testimonio, pues en ese sentido debe ser interpretada la prohibición que tiene el abogado de inducir o producir la respuesta de su asistido precisamente porque no debe influir en el relato de los hechos presenciados por el declarante.

3.1.- El derecho a la asistencia legal con relación a la situación procesal del inculpado.

No podemos dejar de considerar que el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, también ampara a las personas que tengan que rendir declaración en la averiguación previa, en calidad de indiciados; sin embargo, es importante hacer el siguiente análisis sobre el punto planteado.

Nótese que el artículo en estudio refiere “...*tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él...*”; es decir, ciñe la función de asistencia única y exclusivamente a un profesional del derecho designado por el declarante.

²⁰³ Marco Antonio Díaz De León. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*. Tomo II, 3ª ed. Ed. Porrúa, Mexico, 1997, 2549 p.

Esto último no encaja en la situación procesal del acusado, toda vez que como bien se advierte de la fracción IX, apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, este sujeto bien puede defenderse por sí, por abogado o persona de su confianza, y en caso de que no desee hacerlo o no pueda designarlo, el Representante Social le nombrará a uno de los defensores públicos u oficiales. El mismo trámite se prevé en el inciso b), fracción III, del diverso 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En consecuencia, no sería legal que la autoridad investigadora exigiera al inculpado que designará invariablemente a un experto en derecho, dado que la prerrogativa que se establece a su favor en la Máxima Ley del País, le permite hacerlo por sí, por abogado o persona de confianza, lo que prevalece en todo momento. En este sentido se encuentra la tesis que a continuación me permito citar:

“DECLARACIÓN MINISTERIAL FEDERAL. NO CONSTITUYE REQUISITO LEGAL QUE LA PERSONA QUE ASISTA A LOS INculpADOS EN SU DESAHOGO SEA NECESARIAMENTE UN LICENCIADO EN DERECHO. Una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 20, fracción X, párrafo cuarto, constitucional, lleva a considerar que no necesariamente debe ser un profesional del ramo la persona que asista a los inculcados cuando rindan sus declaraciones ministeriales en una averiguación previa federal. Ello es así, porque la garantía de defensa consagrada en ese precepto fundamental, que textualmente refiere que: “Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan.”, se encuentra sujeta a las limitaciones y reglamentaciones que al respecto se establezcan por el legislador ordinario en la legislación procesal respectiva y, al no señalarse la mencionada exigencia para colmar tal garantía en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual resulta aplicable al regir específicamente a esa garantía en esta fase previa procedimental, *es inconcuso que los inculcados se encuentran autorizados para ejercer dicha garantía constitucional por sí, por un abogado, o por persona de su confianza. De ahí, que para el debido desahogo de esas diligencias ministeriales no se requiera que la designación aludida recaiga, forzosamente, en un perito en derecho o profesional del ramo.*

Amparo directo en revisión 198/99. 21 de junio de 2000. Cinco votos.
 Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.²⁰⁴

Otro de los aspectos que necesariamente debemos estimar es el hecho de que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, establece la prohibición del abogado de comunicarse con el declarante, pues como puede verse, no puede inducir ni producir la respuesta de su asistido, lo que va en contra de la amplia garantía de defensa del indiciado relacionada con la fracción II, del apartado A, del citado artículo 20 de la Máxima Ley del País, que establece el derecho a abstenerse de declarar, lo que puede llevar a cabo en cualquier momento de su declaración por iniciativa propia o por recomendación de su defensor, lo que significa una intervención directa de este último en la voluntad del inculpado. Además de que tal mandato no está sujeto a condición alguna, según se advierte del cuarto párrafo de la fracción X, del citado numeral.

El autor Jorge Alberto Silva Silva²⁰⁵, es de la opinión que el artículo 127 bis en estudio, provoca una confrontación con el derecho constitucional y lo expone así:

“Vemos en esta disposición el derecho a la asistencia por un profesional del derecho. Aunque en esta disposición se establece, la última parte creemos que va a suscitar algunos problemas prácticos, pues nos encontraremos una confrontación entre el derecho constitucional a la amplia defensa y amplia comunicación, contra la prohibición de comunicarse con su defendido para “inducir las respuestas”

¿De qué manera podrá respetarse el derecho a la comunicación establecida en nuestra Constitución? (amplia y libre comunicación, e incluso secreta) cuando en la ley secundaria se prohíbe al defensor establecer una comunicación con su defendido, aunque sea para evitar alteraciones a la verdad.

Creemos que por muy explicable que sea la ley secundaria, ella va contra el texto constitucional.”

²⁰⁴ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Primera Sala. Tomo XII, diciembre de 2000, Tesis: 1ª. XXXVI 2000, 241 p.

No comparto del todo la postura muy respetable de Juan Alberto Silva Silva, pues si bien es innegable que el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, confronta a las garantías constitucionales que se establecen para los inculpados, ello no puede llegar a provocar un problema en la práctica porque como lo he venido sosteniendo, no se puede ignorar que éstos (acusados) cuentan con una norma jerárquicamente superior al numeral motivo de estudio, como lo es, el texto de las fracciones II, IX y último párrafo, de la fracción X, del apartado A, del artículo 20 de la Constitución General de la República, que por ese sólo hecho, prevalecen sobre cualquier precepto legal secundario; y además, tienen una regla especial, que es el diverso 128, fracción III, inciso b), del Código de Procedimientos Penales, que en todo caso, es el que resultaría aplicable desde el punto de vista procesal, dado que es el que reglamenta la disposición constitucional citada; y además, el Representante Social tiene el deber de observarlo en el trámite de la averiguación previa.

Por todas estas razones, considero que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no puede tener el carácter de inconstitucional con relación al inculpado porque su situación procesal no depende exclusivamente de dicho numeral sino que cuenta con las garantías constitucionales establecidas en las fracciones II, IX y el último párrafo de la fracción X, apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, mismas que no pueden dejar de observarse por el Ministerio Público en el trámite de la indagatoria.

Todo lo anteriormente señalado, me lleva a estimar que la intención del legislador al crear el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no era referirse exclusivamente al indiciado porque en realidad para éste existe una regla especial que es el artículo 128 del mismo Ordenamiento Legal, que le permite

²⁰⁵ Jorge Alberto Silva Silva *Código Federal de Procedimientos Penales*. 2ª ed. Herla, México, 1993. 528 p.

defenderse por sí mismo, por abogado o persona de confianza; sino que constituyó una verdadera garantía procesal para toda aquella persona que tuviera que rendir declaración en la averiguación previa -entre los que se encuentra el testigo- de concederles la posibilidad de que sean asistidas por un abogado.

Esto lo confirma el estudio del Doctor Sergio García Ramírez en su obra *"Proceso Penal y Derechos Humanos"*²⁰⁶, en la que señala lo siguiente:

“...El propio Dictamen de los Diputados propone una modificación al texto del artículo 127 bis del CFPP, presentado en la Iniciativa. Ésta dice que quien declara tiene derecho a ser asistido por un defensor nombrado por él. **Por su parte, el dictamen sustituye la palabra “defensor” por “abogado”. Razona la pertinencia de ésta “en el sentido lato e informal del término”, en virtud de que las disposiciones correspondientes “se refieren no sólo al inculcado, sino a cualquier persona que pudiera ser citada por tener alguna relación o conocimiento sobre los hechos materia de la indagatoria.”**

Como se ve, la intención del legislador fue en todo momento de establecer un vocablo amplio que permitiera a toda persona tener acceso a la asistencia de un abogado durante su comparecencia ante el Agente del Ministerio Público Federal o sus órganos auxiliares.

Ahora bien, no debemos olvidar que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, es una norma que se adelantó a su tiempo, ya que ésta se erigió como una garantía procesal de toda persona que tuviera que rendir declaración en la averiguación previa, pues como lo vimos en el capítulo II Vid. Supra p. 23, dicha disposición legal nació en la reforma al CFPP, mediante Decreto emitido por el H. Congreso de la Unión, de fecha 20 de diciembre de 1990 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1991.

²⁰⁶ Sergio García Ramírez. Op. cit. 87 p.

Conforme a lo anterior, se otorgó participación al defensor en la fase de averiguación de previa, que antes de tal enmienda estaba vedada en esa etapa procedimental.

Sin embargo, con la reforma a la fracción X, del artículo 20 de la Carta Magna, de fecha 2 de septiembre de 1993, publicada al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación²⁰⁷, se le adicionó en ese entonces, el penúltimo párrafo (ahora es el último), que dice: ***“Las garantías previstas en las fracciones V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.”***, vino a dejar en claro la garantía de defensa del acusado en la indagatoria y el Ministerio Público se vio obligado a observarla en todo momento.

En mi opinión, este hecho histórico del derecho constitucional despejó cualquier problemática que en la práctica se pudiera presentar con motivo de la aplicación del artículo 127 bis del CFPP, en relación con la situación procesal del inculpado, ya que en todo caso, la disposición que se tiene que observar desde aquella fecha, es la de la norma suprema mencionada.

También es importante mencionar, que a pesar de lo señalado en el párrafo que antecede, el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, quedó incólume hasta nuestros días. Esto me permite considerar, que en la actualidad, dada la existencia de la amplia garantía de defensa del inculpado en la averiguación previa, el precepto en estudio (art. 127 bis del CFPP) ha dejado de tener aplicación para este sujeto; y en razón de ello, no puede considerarse que sea inconstitucional.

En consecuencia, también podemos decir que la asistencia legal que se prevé en el citado artículo, actualmente es un derecho de todas aquellas personas en condición diferente a la del indiciado, como lo son los testigos y las víctimas de los delitos.

3.2.- ¿Por qué el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es una norma idónea a la situación procesal del testigo?

Pienso que el artículo 127 bis en estudio es afín a la situación procesal de personas distintas al indiciado, como lo es el testigo, porque el hecho de que el Ministerio Público no le designe a un abogado para que lo asista en su declaración, en el supuesto de que el declarante (testigo) no desee hacerlo o no pueda, no infringiría ninguna disposición del Pacto Federal; lo que quiere decir, que la declaración del testigo puede ser recabada sin la presencia de un letrado siempre y cuando exista constancia de que se le hizo saber tal derecho; lo que no podría suceder respecto de los inculpados, ya que aquí invariablemente deberá estar presente un defensor particular u oficial.

En el caso de los testigo también es factible la prohibición al abogado de inducir o provocar la respuesta de su asistido, porque éste tiene la obligación de decir la verdad sobre los hechos que se investigan; es decir, la deposición sobre el aspecto histórico del suceso no puede ser manipulada ni alterada por ningún factor externo a la voluntad de quien declara; de ahí que, el experto en leyes sólo pueda impugnar las preguntas que se le formulan porque efectivamente pudieran tener el carácter de ser inconducentes o contrarias al derecho.

Sin embargo, en la práctica puede presentarse la ocasión de que el Ministerio Público formule preguntas al testigo con la intención de descubrir su probable

²⁰⁷ Diario Oficial de la Federación. 3 de septiembre de 1993, p.

participación en el hecho delictuoso (acción u omisión), en cuyo evento sostengo que en ese momento adquiere la calidad de indiciado y está en aptitud legal de ejercer el derecho que le concede la fracción II, apartado A, de la Constitución General de la República; y por ende, abstenerse de responder dicha interrogante por iniciativa propia o por recomendación del abogado que lo asiste, ya que igualmente por la circunstancia que se presenta está en condiciones de actuar como defensor en términos de lo que dispone la fracción IX, del mencionado precepto constitucional.

En otras palabras, en mi criterio, la prohibición de inducir o producir la respuesta de su asistido sólo opera cuando al declarante se le trata con la calidad de testigo, es decir, cuando se le hacen preguntas sobre hechos ajenos desligados de su persona que es la esencia del órgano de prueba (testigo) informar lo que sabe acerca del acontecimiento que se investiga; pero cuando se le considera con algún grado de responsabilidad en la comisión del delito, ese veto que impone el artículo 127 bis del Código de Procedimientos de Penales, de comunicarse con su asistido, deja de tener efectos, porque la autoridad investigadora no podrá exigir su cumplimiento cuando el compareciente pueda inculparse al dar respuesta al cuestionamiento que se le formula; por lo que, legalmente puede abstenerse de hacerlo dado que estaría ante una causa de justificación derivada de la garantía constitucional citada, como lo veremos más adelante. ®

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

4.- El concepto de pregunta “inconducente”

Es importante hacer el estudio de lo que se debe entender por “pregunta inconducente”, porque de ello dependerá la actividad que realice el abogado que asiste al testigo en su declaración. Además de identificar cuándo se está ante una interrogante de tal naturaleza.

Primeramente debemos establecer que significa el vocablo “pregunta”, que de acuerdo con el Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado de Ramón García-Pelayo y

Gros²⁰⁸, se define como: “*PREGUNTA f. Interrogación que se hace para que conteste uno lo que sabe acerca de una cosa...*”; lo que no requiere mayor explicación, pues el significado es perfectamente claro.

Ahora bien, en el ámbito jurídico se recurre frecuentemente al término “inconducente”, y como ejemplo, me permito citar la siguiente tesis que invoca tal palabra en su rubro y texto:

“AGRAVIOS EN LA REVISION. CUANDO SU ESTUDIO ES INCONDUCTENTE. Si el a quo sobreyó en el juicio por varias causas de improcedencia, entre ellas por la prevista en la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo y los agravios formulados en relación con ésta última resultan infundados, es inconducente el estudio de los agravios que se hacen valer respecto de las otras causas de improcedencia, porque aun cuando se estimaran fundados, ello no conduciría a la revocación de la sentencia recurrida, por permanecer firme una de ellas **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo en revisión 146/75. José Martino Ramos. 11 de abril de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Liévana Palma.²⁰⁹

Del mencionado precedente se desprende que al declarar infundado uno de los agravios bastaría para dejar firme el sobreseimiento, lo que quiere decir, que en ese caso se utilizó el vocablo “inconducente” porque el hecho de estudiar los demás conceptos de inconformidad de la parte recurrente y aún en el supuesto de declararlos fundados, no conduciría a revocar la sentencia, que es el objetivo de esta última, al quedar firme una de las causas de improcedencia materia de revisión.

Sin embargo, no encontramos una definición desde el punto de vista del derecho; por lo que fue necesario buscar su acepción en el Diccionario de la Real

²⁰⁸ Ramón García-Pelayo y Gros. Op. cit. 832 p.

²⁰⁹ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 76 Sexta Parte, 18 p, Disco Compacto IUS 2001. Registro número 254,671”

Academia Española de la Lengua²¹⁰, que lo describe como: *"INCONDUCENTE: Adj. p. us. No conducente para un fin."*

Los argumentos anteriores, me permiten afirmar que una "pregunta inconducente", es aquella interrogante que no conduce a un fin determinado.

Pero ¿Cuál podría ser una pregunta inconducente en relación con la situación procesal del testigo?

En mi opinión, para dar respuesta a lo anterior, resulta indispensable considerar el contenido del artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

"Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos."

Conforme a lo que antecede, el testigo está obligado a declarar sobre los hechos que se investigan y las preguntas que se le hagan por las partes deberán guardar relación con los mismos. Luego entonces, en razón del análisis efectuado, tendrá el carácter de pregunta inconducente aquella interrogante que no guarde relación con los acontecimientos que se indagan, porque no conduce al fin de conocer la información que el testigo tiene sobre la comisión del delito.

En este orden de ideas, si el Ministerio Público le formula una pregunta con esas características (no vinculada con los hechos) surge el derecho del testigo a que su abogado impugne tal cuestionamiento, de acuerdo con el segundo párrafo, del artículo 127 bis del CFPP; y desde luego, no está obligado a responderla precisamente por no estar relacionada con los presuntos sucesos ilícitos; por tanto,

²¹⁰ Página en Internet de la Real Academia de la Lengua, que se localiza en la dirección www.rae.es.

sería ilegal que el Representante Social a pesar de la objeción del letrado persistiera en su postura de formularla y que fuera contestada.

5.- El concepto de pregunta “contra derecho”.

La palabra “contra” es una preposición que denota oposición, encuentro, choque, así se define en el Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado de Ramón García-Pelayo y Gros.²¹¹

De acuerdo con el Diccionario de Derecho de Rafael De Pina y Rafael de Pina Vara,²¹² “derecho” significa: *“En general se entiende por derecho todo conjunto de normas eficaz para regular la conducta de los hombres, siendo su clasificación más importante la de derecho positivo y derecho natural...”*.

Desde el punto de vista judicial, me permito citar la siguiente tesis que nos da la idea de lo que se entiende por la expresión “contra derecho”.

“PRUEBAS EN EL AMPARO, CASOS EN QUE DEBEN ESTIMARSE CONTRA DERECHO. Conforme al artículo 150 de la Ley de Amparo, en el juicio de garantías es admisible toda clase de pruebas, excepto la de posiciones y las que fueren contra la moral o contra derecho. Ahora bien, si en un juicio de garantías se ofrece la prueba de inspección ocular, para demostrar que unas corrientes de agua, son permanentes desde el punto en que brota la primera agua, hasta su desembocadura, el juez de distrito está en lo justo al no admitir dicha prueba, por ser contraria a derecho, ha que el hecho que pretende demostrarse por medio de la misma, no puede apreciarse por los sentidos, que es el objeto de toda inspección ocular, sino que se necesitan conocimientos especiales, que solamente poseen los técnicos o peritos en la materia.

TOMO LXXII, Pág. 5278.- Secretaria de Agricultura y Fomento.- 15 de Junio de 1942.- Cuatro votos.²¹³

²¹¹ Op. cit 268 p.

²¹² Op. cit 228 p.

²¹³ Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca, Segunda Sala, Parte: LXXII Tesis, 5278 p."

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: LXXII Tesis: Página: 5278"

Como puede verse, del precedente mencionado se desprende que el concepto "contra derecho", se centró en que la prueba ofrecida fue una inspección ocular; sin embargo, el hecho que se pretendía demostrar no podía apreciarse por los sentidos que es la esencia de la mencionada probanza, sino que requería de conocimientos especiales que sólo puede proporcionar un perito en la materia; de ahí que, se le dio el carácter de ser contra derecho, específicamente porque atenta contra la naturaleza misma del referido medio de convicción (inspección), que debe satisfacerse únicamente con la llamada "vista de ojos".

En esa tesitura una pregunta "contra derecho", la podemos definir, como la interrogante que se opone a las normas jurídicas que regulan el caso de donde deriva.

Tomando en cuenta los razonamientos anteriores, una pregunta "contra derecho", es aquella que se formula al declarante bajo la calidad de testigo, en el sentido de descubrir su probable participación en la comisión del delito, dado que ese tipo de cuestionamientos sólo puede hacerse a quien se le ha otorgado la calidad de indiciado y se le ha informado de todas las garantías que en su favor establece la Constitución General de la República, en su artículo 20, apartado A.

En mi opinión, para detectar una pregunta "contra derecho", es necesario tener en mente la definición de testigo, que establecimos en el capítulo III, de este trabajo. Vid. Supra p. 47.

La nota distintiva que se debe tomar cuenta con relación al tema de que se trata, es la concerniente a que el testigo es ajeno a la controversia; por lo tanto, su

función es relatar los hechos que presencié y que están desligados de su persona; es decir, su status procesal supone que no tuvo participación en los mismos.

En tal virtud, si la autoridad investigadora le hace una pregunta con el afán de que reconozca hechos propios porque sospecha de su probable intervención en la secuela delictiva, esa interrogante atenta contra la legalidad porque no es idónea a su calidad de testigo; máxime que en esa situación adjetiva está obligado a declarar sobre los hechos que se investigan de conformidad con lo que establece el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales; por lo tanto, podría interpretarse como una manera de constreñirlo a que responda, lo que está prohibido por la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, garantía que debe recordarse no está sujeta a condición alguna.

No puedo dejar de considerar, la posibilidad real de que efectivamente el testigo haya tenido algún grado de participación en el delito; pero si esto es así, entonces, el Representante Social deberá informarle que su situación procesal cambio a la de indiciado, en cuyo caso le deberá hacer saber los derechos que tiene en tal carácter conforme a lo establecido en la fracción IX, apartado A, del artículo 20 Constitucional en relación con el 128, fracción III, porque si lo sigue declarando como testigo y éste confiesa su intervención antijurídica, en mi opinión, esta prueba sería ilícita como lo analizaremos más adelante. Vid. *Infra* p. 305.

Recuerdo un caso que se inició con motivo de una denuncia presentada por la Comisión Federal de Electricidad en contra de quien resulte responsable y por el delito que resultare. En este asunto, el Fiscal citó a una persona para que declarara como testigo respecto a los hechos denunciados, incluso en el acta de su declaración hizo constar la calidad con la que compareció (testigo); además mencionó el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales y que contó con la presencia del defensor oficial.

Sin embargo, el Ministerio Público le otorgó valor de confesión a su versión y ejerció acción penal en su contra por el delito de fraude; pero lo más increíble es que el Juez también consideró lo mismo y emitió la orden de aprehensión para posteriormente dictarle auto de formal prisión por dicho ilícito, en el proceso número 16/2001, que se tramitó en el Juzgado Cuarto de Distrito de la ciudad de Monterrey, N.L.

Es decir, se ordenó su detención y prisión preventiva con base en una prueba que desde mi punto de vista es ilícita porque esa supuesta confesión debe entenderse que fue obtenida no de manera espontánea sino forzada por la situación de que estaba siendo declarado como testigo, en cuyo caso era obligatorio que respondiera las preguntas del Ministerio Público.

Otro aspecto que considero dentro de las preguntas “contra derecho”, son aquellas que se hacen al testigo cuando es detenido ilegalmente. Al respecto véase la siguiente tesis:

“TESTIGOS, VALOR DE SUS DECLARACIONES CUANDO SON DETENIDOS Y COACCIONADOS EN FORMA ILEGAL. Si bien es cierto que en el procedimiento penal, acorde al principio de inmediatez procesal, debe darse preferencia a las primeras declaraciones que los testigos producen recién verificados los hechos y no a las modificaciones o rectificaciones posteriores, también es, que tal criterio sólo es aplicable cuando la primera declaración está rendida en términos legales, esto es, por persona con criterio suficiente para juzgar el acto que tenga imparcialidad, que conozca los hechos por sí mismo, que los narre en forma clara y precisa y sin coacción ni violencia, ante funcionario de policía judicial que practique la averiguación previa, *por lo que, en el caso, en que ilegalmente se detiene a dichos testigos, sin que exista denuncia o acusación ni dato alguno que haga presumir la participación del acusado en el delito que se le imputó, y se les mantiene privados de su libertad sin que exista razón que justificara su detención, tal circunstancia trae como consecuencia la presunción de que los testimonios así obtenidos, fueron coaccionados, y por ende, sus declaraciones carecen de valor probatorio, por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 281/90. Saúl Bravo Gutiérrez. 29 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Morales Hernández. Secretario: Miguel Avalos Mendoza.²¹⁴

Bajo la perspectiva del precedente mencionado, el simple hecho de privar de su libertad al testigo, ya constituye de por sí, una acción ilegal que necesariamente repercute en el valor probatorio del testimonio, porque todas las preguntas que se le pudieran hacer en esas condiciones tendrían el carácter de ser contra derecho, porque en principio, el Código Federal de Procedimientos Penales, no establece la posibilidad de que los testigos puedan ser detenidos, sin que esto se confunda con la orden de comparecencia ni con el arraigo, que revisten otro tipo de características, pues el ejemplo radica esencialmente en la decisión irregular de proceder a detenerlos sin que medie un motivo justificado.

Un diverso ejemplo de lo que hemos venido analizando, es el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que exige que las preguntas guarden relación con los hechos, lo que me permite estimar que si una interrogante no tiene tales características, es contraria a la norma citada; y por esa razón, es también "contra derecho"

En este orden de ideas, también debemos considerar que una pregunta revestiría el carácter de ser contra derecho, cuando se le interroga al testigo a pesar de que esté manifestado encontrarse en alguno de los supuestos legales del artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales; es decir, cuando tiene algún vínculo con el inculpado; o bien, cuando no se le hizo saber que en estos casos tiene derecho de abstenerse de declarar.

²¹⁴ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Primer Tribunal colegiado del Décimo Quinto Circuito. Tomo VIII-julio. 229 p.

6.- Función del abogado nombrado por el testigo para lograr una adecuada asistencia legal.

Antes de entrar al tema en forma específica, es conveniente apuntar que el primer párrafo, del artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, dice: *Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un **abogado** nombrado por él.*”; es decir, la función de asistencia al declarante sólo la puede llevar a cabo un profesional del derecho que justifique debidamente estar autorizado para ejercer la profesión exhibiendo en la diligencia la cédula que expide la Dirección General de Profesiones dependiente de la Secretaría de Educación Pública, que constituye la prueba de que cuenta con licencia para ello, ya que de otra manera no se cumpliría con el contenido de la disposición legal.

Por eso considero importante conocer el significado del concepto “abogado”, y para esto recurrimos a las ideas del autor Carlos Barragán Salvatierra²¹⁵ que lo define desde el punto de vista etimológico, de la siguiente manera:

La palabra abogado proviene de la voz latina *advocatus*, que a su vez está formada por la partícula *ad*, a o para, y por el participio *vocatus*, llamado; es decir, llamado a o para, porque en efecto, estos profesionistas son requeridos por los litigantes para que los asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales...”

Por su parte, Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara²¹⁶, lo definen como:

“ABOGADO.- Profesional del derecho que ejerce la abogacía. Para el ejercicio de esta profesión es requisito *sine qua non*, tener el título de la licenciatura en derecho y obtener la cédula correspondiente de la Dirección General de Profesiones...”

²¹⁵ Carlos Barragán Salvatierra. Op. cit. 230-232 ps.

²¹⁶ Op. cit. 16 p.

Así las cosas, no hay duda de que el artículo en análisis exige que sea un abogado el que asista al declarante –llamase indiciado, testigo o víctima del delito– durante el desarrollo de su deposición.

Sin embargo, como ya vimos en los apartados precedentes, la problemática de inconstitucionalidad que en apariencia se presenta con relación a la situación procesal del indiciado, respecto a que sería contrario al Pacto Federal, el hecho de exigirle que invariablemente fuera un abogado quien lo defendiera, no es tal, dado que en este caso cuando se trata del inculpado, considero que prevalece el derecho de hacerlo por sí, por abogado o persona de confianza, de acuerdo con lo que establece el artículo 20, apartado A, fracción IX y X, último párrafo, de la Constitución General de la República y el 128, fracción III, inciso B), del Código Federal de Procedimientos Penales, que serían las disposiciones aplicables para el acusado y no el artículo 127 bis del CFPP; ello a pesar de que este último, prevenga en su primer párrafo, “Toda persona”; es decir, este concepto por su sentido lato sensu lo incluye; pero en razón de la norma especial que constituye el citado artículo 128 del CFPP, esta es la que resulta aplicable; por lo tanto, cuando se trate del inculpado siempre estará en aptitud de defenderse por sí, por abogado o persona de confianza, sin que se le constriña a designar únicamente a un profesional del derecho.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En ese orden de ideas, llegamos a la conclusión de que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es una regla especial para toda persona en condición diferente a la del acusado, como lo son los testigos, que es el tema que nos ocupa.

6.1. La posibilidad de impugnar las preguntas inconducentes y contra derecho.

El segundo párrafo, del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, establece “El abogado podrá impugnar las preguntas....”. Esto constituye la función principal del abogado que asiste al testigo, pues como lo veremos más adelante, tiene la prohibición de producir o inducir a respuesta, lo que significa que no puede tener ninguna comunicación con su asistido en ninguna forma de lenguaje; luego entonces, su actuar se ciñe únicamente a objetar aquellas preguntas que juzgue inconducentes o contra derecho, las que ya fueron motivo de estudio en los incisos 4 y 5 de este capítulo.

De acuerdo con el Diccionario Porrúa de la Lengua Española²¹⁷, “impugnar” significa: “Combatir, contradecir, refutar.”

En el Diccionario de Derecho de Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara²¹⁸, se contempla el vocablo “Impugnación”, que lo define como: “Acción y efecto de atacar. ~~Tachar o refutar un acto judicial, documento, deposición testimonial, informe de peritos, etc, con el objeto de obtener su revocación o invalidación (COUTERE, Vocabulario jurídico)~~”.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Conviene mencionar que el vocablo “impugnar” tiene los siguientes sinónimos: Oponerse, rechazar, combatir, refutar, contradecir, rebatir, replicar, discutir, objetar, según el Diccionario de Sinonimos y Antónimos de Editorial Grijalbo²¹⁹

Bajo la óptica de los conceptos anteriores, es pertinente establecer que la acción de impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho, por parte del

²¹⁷ Antonio Raluy Poudevida *Diccionario Porrúa de la Lengua Española* 47ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002. 393 p.

²¹⁸ Op. cit. 315 p.

²¹⁹ Diccionario de Sinonimos y Antonimos. Ed. Grijalbo, S.A. de C.V., Mexico. 1997. 303 p.

abogado que asiste al testigo en su declaración tiene la clara finalidad de oponerse a que se le formulen.

Aquí surge la interrogante ¿Para cumplir con una adecuada asistencia legal al testigo, bastará la simple manifestación del abogado en el sentido de que impugna u objeta la pregunta?

En mi opinión, no es suficiente que sólo se le manifieste al Agente del Ministerio Público o a sus órganos auxiliares, que se impugna la pregunta por ser inconducente o contra derecho, pues atendiendo al significado de la palabra "impugnar" que también significa contradecir, el abogado deberá exponer las razones por las cuales considera que la pregunta no reúne las condiciones de legalidad que se requieren para que pueda ser formulada, a fin de que el Funcionario Público encargado de la diligencia pueda pronunciarse al respecto.

También es importante cuestionarnos ¿Hecha la impugnación de la pregunta por parte del abogado, el Ministerio Público está impedido para formularla?

Este punto representa un problema en la práctica porque regularmente el punto de la vista de la autoridad no coincide con el de las partes, además recuérdese que en este caso, el Ministerio Público se encuentra en calidad de interrogador, lo que difícilmente le permitiría calificar la interrogante con objetividad; por tanto, en un momento dado pudiera ser descartada la petición del letrado y mantenerse firme la postura del Representante Social de formularla al testigo y que la conteste, ya que el artículo 127 bis del CFPP, no le impone prohibición alguna en ese sentido.

En razón de lo anterior, considero que el Agente del Ministerio Público no está impedido para continuar con la formulación de la pregunta a pesar de la impugnación

hecha por el abogado que asista al testigo; de ahí, la importancia de ejercer una activa y adecuada asistencia jurídica al declarante.

Si bien la finalidad de la acción de impugnar es obtener la revocación o invalidación de lo que se objeta, es importante señalar que en el caso en estudio, la retractación o no, de la formulación de la pregunta, en realidad queda al prudente arbitrio de la autoridad investigadora.

6.2. Pedir que se asiente en el acta la impugnación de la pregunta hecha por el abogado.

Es importante que el abogado que asiste al testigo exija que se asienten en el acta las razones y fundamentos legales que constituyen la impugnación, dada la trascendencia futura que podría tener para la protección jurídica del testigo.

Si bien el artículo 127 bis del CFPP, no establece específicamente que se asiente la objeción a la pregunta, ello no es obstáculo para que el Ministerio Público se niegue a hacerlo, ya que también debe tomarse en cuenta la garantía de audiencia que prevé el artículo 14 Constitucional, a favor de todo gobernado, la que incluso debe ser observada invariablemente aún cuando la ley secundaria no la contemple; y para ello, es importante considerar la siguiente tesis:

“AUDIENCIA, GARANTIA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCION IMPUGNADA NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO. La circunstancia de que no exista en la ley aplicable precepto alguno que imponga a la autoridad responsable la obligación de respetar a los interesados la garantía de previa audiencia para pronunciar la resolución de un asunto cuando los actos reclamados lo perjudican, no exime a la propia autoridad de darle oportunidad de oírlo en defensa, en atención a que, en ausencia de precepto específico, se halla el mandato imperativo del artículo 14 constitucional que protege dicha garantía a favor de todos los gobernados, sin excepción.

Amparo en revisión 2900/83. Irineo Meza Naranjo y otros, en representación del ejido denominado El Mezquitillo, perteneciente a la Sindicatura de Costarrica, Municipio de Culiacán, Sinaloa. Mayoría de cuatro votos. 19 de junio de 1986. Disidente: Guillermo Guzmán Orozco. Engrose: Victor Manuel Franco Pérez.

Séptima Epoca, Séptima Parte:

Volúmenes 199-204, página 358. Amparo en revisión 6467/81. Sucesion a bienes de Manuel Valdez Enciso. 7 de octubre de 1985. Mayoria de tres votos. Disidente: Guillermo Guzmán Orozco. Ponente: Victor Manuel Franco Perez.

Vease: Apendice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, Común, tesis 66, página 112, bajo el rubro "AUDIENCIA, GARANTIA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCION NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO."²²⁰

En tal virtud, si no quedara asentada la objeción y la pregunta se formulara quedaría como legalmente valida al no haber constancia de que haya sido impugnada por el abogado que asiste al testigo; por lo tanto, supongamos que se hace una interrogante al declarante con la intención de descubrir su participación en el hecho delictuoso, que por no ser idonea a la condición del testigo, es contraria a derecho, y en la respuesta reconoce su participación en la comisión del delito, ello pudiera traer como consecuencia, que el Agente del Ministerio Público le otorgara la calidad de confesión, pues en apariencia se dan los requisitos del artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, y en su caso, ejercer acción penal en su contra por el delito o delitos que resultaran probados en la indagatoria.

El hecho de que obre en el texto de la diligencia la impugnación del abogado, protege al testigo de que en un momento dado y no obstante de haber reconocido su participación en el delito, el Juez le reste valor probatorio y no se tenga como una confesión, puesto que el declarante fue informado de que se recabaría su testimonio en calidad de testigo y no como indiciado, lo que significa que no se recabó con las formalidades establecidas en el artículo 20, apartado A, de la Constitución General

²²⁰ Semanario Judicial de la Federación Séptima Epoca, Sala Auxiliar, Tomo: 205-216 Séptima Parte, p. 293, IUS 2002, disco compacto numero 2, registro numero 245,268.

de la Republica; y en tales circunstancias, tendría una alta probabilidad de que se negara su aprehensión.

6.3. La obligación del Ministerio Público de la Federación y de sus órganos auxiliares de dictar acuerdo sobre la impugnación del abogado a la pregunta formulada.

Como ya lo hemos señalado, el segundo párrafo, del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, establece la posibilidad de que el abogado que asista al testigo impugne aquellas preguntas que considere inconducentes o contra derecho, de lo que también ya hemos establecido nuestra postura.

Sin embargo, el citado precepto legal no impone al Representante Social la obligación de dictar acuerdo sobre el señalamiento de la objeción a la interrogante formulada.

Aquí es importante recordar que el Ministerio Público es interrogador en su calidad de autoridad y no como parte en un proceso; por lo tanto, en mi opinión tiene la ineludible obligación de dictar acuerdo sobre la refutación del abogado a la pregunta planteada al testigo.

En efecto, el Representante Social como cualquier otra autoridad del País tiene el deber de dictar el proveído respectivo a las solicitudes de los gobernados en observancia al derecho de petición establecido en el artículo 8º de la Constitución General de la República, pues no obstante que la ley secundaria sea omisa en relación a la exigencia del acuerdo correspondiente; ello no significa que el Investigador está exento de dictarlo en el acto de la diligencia, porque en mi opinión, en este caso, prevalece el texto del precepto constitucional indicado; por lo tanto, está constreñido a observarlo en todo momento.

Primeramente debo dejar en claro, que el Ministerio Público en la integración de la averiguación previa, es autoridad para todos los efectos legales; y sobre el particular es oportuno citar la tesis que es del tenor siguiente:

“MINISTERIO PUBLICO. ES AUTORIDAD EN LA AVERIGUACION PREVIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Conforme a los artículos 16 párrafos quinto y séptimo, 20 fracción II y 21 constitucionales y por los diversos 56 a 73 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, *el Ministerio Público, dentro de la averiguación previa actúa como autoridad, en su calidad de órgano persecutor de los delitos*; en tal virtud, considerando al Código de Defensa Social de la entidad federativa mencionada como un conjunto de normas generales, de observancia obligatoria, su aplicación no es exclusiva de la autoridad judicial, motivo por el cual el artículo 90 del último ordenamiento legal citado, que establece: “Cuando con motivo del tránsito de vehículos se cometiere algún delito, esos vehículos no se devolverán hasta que se haya cubierto o garantizado la reparación del daño.”, es evidente que faculta tanto al Ministerio Público en la averiguación previa como a la autoridad judicial en el proceso correspondiente, para ordenar la devolución de los vehículos que han sido puestos a su disposición, siempre y cuando se actualice la hipótesis a que se refiere la disposición legal transcrita.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 219/96. Baldomero Méndez Ortigoza. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.¹²²¹

En esa tesitura, esto me permite afirmar con certeza que la impugnación del letrado que asiste al testigo en su declaración equivale a una petición hecha a la autoridad investigadora con la finalidad de que se invalide la pregunta formulada al declarante; por lo tanto, se espera que respecto a ello se dicte el acuerdo correspondiente, en atención al derecho de petición de todo gobernado y que el Ministerio Público como autoridad en la averiguación previa, tiene obligación de emitirlo y darlo a conocer al peticionario. Al respecto, conviene citar la siguiente tesis que alude al tema.

“PETICIÓN, DERECHO DE, EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. EL MINISTERIO PÚBLICO ESTÁ OBLIGADO A NOTIFICAR LOS ACUERDOS CORRESPONDIENTES. El Ministerio Público, durante la fase de averiguación previa, está obligado a respetar el derecho de petición del ofendido y del inculcado, consagrado en el artículo 8o. de la Constitución Federal, y por consiguiente, a notificarles los acuerdos correspondientes, excluyendo obviamente las actuaciones que por su naturaleza deben permanecer en sigilo, a fin de no entorpecer su función de investigación y persecución de los delitos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revision 376/98. Bertha del Valle Monroy. 8 de octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Augusto Benito Hernández Torres. Secretaria: Leticia Morales García.

Vease: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, octubre de 1998, página 1134, tesis XXII.1o.25 A, de rubro: **“DERECHO DE PETICION. AVERIGUACIÓN PREVIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).”** y Octava Época, Tomo XIII, marzo de 1994, página 355, tesis XIX.2o.6 A, de rubro: **“DERECHO DE PETICIÓN. EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO ACTÚA COMO AUTORIDAD DEBE RESPETAR EL.”**²²²

Así las cosas, en mi criterio y conforme a lo antes expuesto, existe sustento legal para que el abogado exija al Agente del Ministerio Público se pronuncie sobre la objeción a la pregunta que éste último formuló al declarante; y en ese sentido, deberá exponer en la resolución respectiva si se abstiene de hacerla; o bien, si considera que no es inconducente o contra derecho, deberá exponer los motivos por los cuales lo estima así; ello con la finalidad de que el testigo conozca esas razones y se tomen en cuenta al momento de valorar la declaración testimonial en términos de los artículos 242 y 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dicen:

“Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

²²¹ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Tomo III junio de 1996, Tesis VI 2º 74 P. p. 873, IUS 2002, disco compacto número 1, registro número 202,146.

²²² Semanario Judicial de la Federación. Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, Tomo VIII diciembre de 1998, Tesis XXII. 1º. 9 P. p. 1071, IUS 2002, disco compacto número 1, registro número 195,097.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desecharamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.”

Art. 289.- Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

I.-Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II.-Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

III.-Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV.-Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.-Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

Estos artículos incluso deben ser tomados en cuenta por el Agente del Ministerio Público al momento de resolver sobre el ejercicio o inejercicio de la acción penal, por disposición expresa del artículo 132 del CFPP, pues para hacerlo, necesariamente tiene que hacer una valoración del material probatorio de la averiguación previa; y en su caso, tendría la oportunidad de descartar la respuesta dada por un testigo a una pregunta inconducente o contra derecho que haya sido impugnada por el abogado durante la declaración, pues precisamente en ello radica la finalidad de la garantía procesal establecida en el numeral 127 bis en estudio; es decir, que se invalide la interrogante por no reunir las condiciones de legalidad necesarias para que produzca efectos legales, como serían aquellas que no guarden relación con los hechos o sean inculminatorias.

El mismo procedimiento debe observar el Juez al momento de resolver sobre la petición de orden de aprehensión, de ahí, la importancia de que se asiente en el acta la objeción a la pregunta y se pida el acuerdo del Representante Social.

6.4. ¿Por qué la prohibición de producir o inducir la respuesta de su asistido?

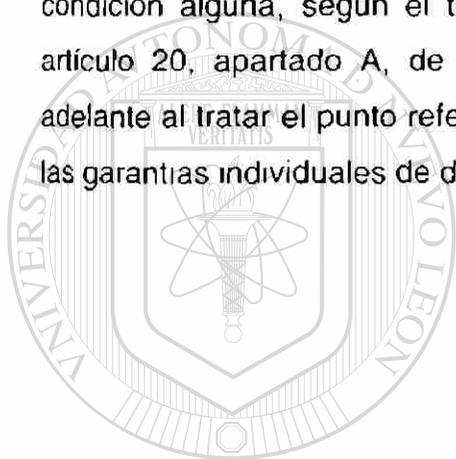
Esta expresión normativa constituye una verdadera protección al testimonio espontáneo del declarante; es decir, con ello se logra que el testigo no pueda comunicarse con su abogado durante el desarrollo de su declaración, lo que evita que pudiera considerarse –aunque no fuera así- fundadamente la alteración de los hechos que se investigan, pues recuérdese que el testigo está obligado a decir la verdad sobre los mismos.

6.5. ¿Es posible que el abogado aconseje a su asistido cuando la pregunta sea incriminatoria.

Pese a lo expuesto en el punto 6.4, considero que existe la excepción a tal exclusión, como lo es el caso, cuando al testigo –en forma simultánea- se le interroga sobre hechos propios que lo pudieran incriminar porque en tal supuesto el declarante adquiere la condición de indiciado y esto permite al abogado aconsejar a su asistido de que se abstenga de responder amparado en las garantías constitucionales establecidas en las fracciones II y IX, de la Constitución General de la República, atendiendo primordialmente a que en esa situación, prevalece el principio de comunicación entre inculpado y defensor.

En otras palabras, en este caso, la prohibición que establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de que el abogado no puede inducir o producir la respuesta de sus asistido, no opera porque ya no está siendo interrogado como testigo sino como acusado, en cuyo caso, el abogado que lo asiste puede adoptar la postura de defensor derivada de la garantía del indiciado, prevista en la fracción IX, del apartado A, del artículo 20 Constitucional; esto con relación a lo dispuesto por el último párrafo, de la fracción X, del mismo Ordenamiento Superior citado.

Con motivo de lo anterior, en mi opinión, igualmente está en aptitud legal de recomendar al declarante que invoque el derecho que le concede la fracción II, del mencionado precepto de la Carta Magna, y se abstenga de responder la pregunta con matiz incriminatorio; lo que no podría considerarse inobservancia a la prohibición en comentario ni conducta ilícita alguna, precisamente por estar en ejercicio de un derecho que constituye una garantía individual para todo gobernado que se encuentra en la situación procesal de inculpado, misma que no está sujeta a condición alguna, según el texto *In fine* del último párrafo, de la fracción X, del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal; aspecto que veremos más adelante al tratar el punto referente a “La asistencia legal al testigo y su relación con las garantías individuales de defensa y de no auto-incriminación” Vid. *Infra* p. 281.



UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

XIV.- ALCANCES DE LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.- Justificación de la asistencia legal al testigo en la averiguación previa.

Para tratar este tema es necesario remontarnos al pasado y recordar -como lo dijimos en el capítulo I- los antecedentes históricos en el derecho comparado, como el procedimiento penal romano, en el que el testigo era objeto de la tortura para obtener un testimonio verídico.

La Ley de Las Partidas también reporta la tortura en los testigos cuando se sospechaba su falta de veracidad.

En el derecho procesal español las declaraciones de los testigos eran en secreto, pues se recababa únicamente ante la presencia del juez y de un escribano.

En los interesantes estudios de Don Eugenio De Tapia ob. cit., encontramos que en el derecho procesal español de 1830, se interrogaba al testigo para advertir su falsedad; o bien, para descubrir su participación en el delito, y que cuando esto último ocurría era interrogado como reo y puesto en prisión o en arraigo.

Aquí en México, en los antecedentes del artículo 20 de la constitución General de la República de 1917, que vimos en el capítulo II, advertimos que era práctica común en aquellos años en nuestro País, el tormento físico para obtener la declaración o la confesión del inculcado o de los testigos, así como el secreto del proceso, lo que sirvió de motivo para la reforma constitucional de aquella época.

Así las cosas, con el tiempo se fueron introduciendo en las legislaciones procesales diversas garantías o derechos a favor de los testigos, como es el caso del

Código de Procedimientos Penales de 1880, que en su artículo 212, prohibía la asistencia al testigo, incluso podría decirse que establecía la legalidad de la declaración en secreto, puesto que dicho numeral sólo autorizaba la presencia del juez y del escribano; pero en el texto de tal precepto se contemplaba una excepción a la regla; es decir, la permisión de que el testigo fuera asistido cuando fuera ciego, ignorara el idioma castellano (español) o fuera sordo, mudo ó sordomudo; lo que en mi opinión es el antecedente más claro de asistencia en su deposición.

En la actualidad algunas de esas prerrogativas del pasado perviven en nuestros Códigos de Procedimientos Penales; y en específico, en la ley que ha sido motivo de estudio en esta investigación, el Código Federal de Procedimientos Penales, cuyos derechos del testigo en la averiguación previa fueron analizados en el capítulo X, de esta investigación, entre ellos, desde luego, el derecho a que un abogado lo asista en su declaración, conforme al contenido el artículo 127 bis del CFPP.

Igualmente en este apartado, no podemos dejar de considerar que la situación procesal del testigo le puede acarrear consecuencias legales, que en algunos casos se traducen en la posibilidad de ser privado de su libertad al estar expuesto a que del resultado de su declaración o de su abstención a comparecer ante la autoridad investigadora, pudiera desprenderse la posible comisión de delitos, como el de falsedad y desobediencia y resistencia de particulares, respectivamente; tal y como lo vimos en el capítulo XII.

Otro de los aspectos importantes que no puedo pasar por alto, es el que se presenta en la práctica con cierta frecuencia en la integración de la averiguación previa, cuando el testigo al estar rindiendo su declaración se le interroga sobre hechos propios para descubrir su probable participación en el delito, lo que en ocasiones ha provocado que se obtengan aparentes confesiones a las que ilegalmente se les otorga valor probatorio, con la consecuencia de que se considere

al declarante ya no como testigo sino como probable autor del ilícito que se investiga, como lo analizamos en el capítulo XIII.

Así las cosas, en mi opinión, todo lo anterior, justifica la asistencia legal al testigo durante su declaración, que se establece en el artículo 127 bis del CFPP, dado que la presencia del abogado es también una garantía procesal para el compareciente de que su deposición será libre de cualquier coacción (física o moral) con pleno respeto a sus derechos y formalidades del procedimiento.

También considero que la función del abogado no debe sólo constreñirse a la impugnación de preguntas inconducentes o contra derecho que cita el precepto legal en estudio, pues estimo que la asistencia al testigo va más allá, vigilar y hacer que se respeten todos y cada uno de los derechos que establece el Código Federal de Procedimientos Penales, a favor de éstos, y que fueron precisados en el capítulo X, de esta investigación.

Es importante, por ejemplo, que el testigo sepa antes de declarar, que tiene derecho a leer detenidamente lo que asentó el Agente del Ministerio Público al finalizar su declaración, para que en un momento dado aclarare o corrija algún pasaje de los hechos relatados por él o que no fue ese el sentido en que lo quiso decir.

A que se le respete el derecho que tiene de abstenerse de declarar cuando se encuentre ligado con el inculpado en los casos señalados por el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, y que se le permita en su caso, probarlo adecuadamente; o bien, abstenerse a responder cuando la pregunta tenga la intención de incriminarlo; tema este último que ha sido ampliamente estudiado en el capítulo XIII, de este trabajo.

Conforme a lo anterior y el sustento que me da el análisis hecho en los capítulos que preceden, en mi criterio, la asistencia de un abogado al testigo se justifica plenamente; y por ello, considero que la creación del artículo 127 bis del CFPP, fue un acierto de los miembros del H. Congreso de la Unión, quienes modificaron la iniciativa presidencial de reforma firmada por el entonces Presidente de la República, Licenciado Carlos Salinas de Gortari, pues en ésta, la redacción del precepto en comentario estaba dirigida exclusivamente a los indiciados al utilizarse en ella la palabra “defensor”; sin embargo, el legislador la sustituyó por el término “abogado” en su sentido lato, porque consideró que tal disposición (artículo 127 bis del CFPP) se refiere no sólo al inculpado, sino a cualquier persona que pudiera ser citada por tener alguna relación o conocimiento sobre los hechos materia de la indagatoria, lo que le permitió erigirse como una garantía procesal de todo sujeto que tuviera que rendir declaración en la fase de averiguación previa, adelantándose a su tiempo puesto que en aquella época no existía el último párrafo, (ahora penúltimo) de la fracción X, del artículo 20 de la Constitución General de la República, que posteriormente introdujo la prerrogativa del acusado a tener una defensa desde la indagatoria.

Para corroborar lo dicho anteriormente, vale la pena volver a citar a Sergio García Ramírez²²³, en su obra *“Proceso Penal y Derechos Humanos”*, en la que señala lo siguiente:

“...El propio Dictamen de los Diputados propone una modificación al texto del artículo 127 bis del CFPP, presentado en la Iniciativa. Ésta dice que quien declara tiene derecho a ser asistido por un defensor nombrado por él. ***Por su parte, el dictamen sustituye la palabra “defensor” por “abogado”. Razona la pertinencia de ésta “en el sentido lato e informal del término”, en virtud de que las disposiciones correspondientes “se refieren no sólo al inculpado, sino a cualquier persona que pudiera ser citada por tener alguna relación o conocimiento sobre los hechos materia de la indagatoria.”***”

²²³ Sergio García Ramírez. Op cit 87

Bajo esta perspectiva no cabe duda que la intención del legislador fue en todo momento establecer el derecho de toda persona que tuviera que rendir declaración ante la autoridad investigadora a ser asistido por un abogado; y como ya lo hemos visto, incluye al testigo.

Por todo ello, soy de la idea de pugnar por una efectiva asistencia legal al testigo; y en mi concepto, para ello se requiere de una reforma por adición en la que se clarifique sobre todo la función del abogado, en el sentido de que éste deberá vigilar y hacer que se respeten los derechos que tiene el testigo durante su declaración; tema que analizaré en capítulo subsecuente sobre una propuesta de enmienda al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, no puedo dejar de considerar que la función del abogado que asista al testigo es de un alto grado de responsabilidad y de ética profesional, pues necesariamente se enfrentará al paradigma que constituye la corriente de pensamiento consistente en que las primeras declaraciones de los testigos tienen valor preponderante por su cercanía con el momento en que se cometió el delito; y ello hace que se presuma legalmente que están revestidas de espontaneidad; y por ende, de veracidad, como lo cita la tesis que a continuación transcribo:

“TESTIGOS. VALOR PREPONDERANTE DE SUS PRIMERAS DECLARACIONES. En el procedimiento penal debe darse preferencia a las primeras declaraciones que los testigos producen recién verificados los hechos y no a las modificaciones o rectificaciones posteriores, tanto porque lógico es suponer espontaneidad y mayor veracidad en aquéllas y preparación o aleccionamiento hacia determinada finalidad en las segundas, como porque éstas solo pueden surtir efecto cuando están debidamente fundadas y comprobadas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 184/95. Fernando Moro Tamariz. 21 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.²⁴⁴

²⁴⁴ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Tomo II, Agosto de 1995, Tesis: VI 2o.19 P, p. 657, IUS 2002, Disco Compacto número 1, registro número 204,692.

Así las cosas, atendiendo al contenido del precedente mencionado podría estimarse que la presencia de un abogado en la declaración de un testigo durante su declaración en la averiguación previa le quita esas características de espontaneidad y veracidad, porque no faltara quien diga, que es un signo de preparación y aleccionamiento; sin embargo, en mi criterio, estimo que esta forma de pensar no puede seguir prevaleciendo y debemos pugnar para que se elimine el estigma que pesa sobre los profesionales del derecho, en el sentido de que aconseja con la intención de distorsionar la realidad de los hechos de acuerdo a los intereses que defiende.

Al respecto, es importante mencionar las ideas del autor Carlos Franco Sodi²²⁵:

“Por otra parte, la razón de ser de las disposiciones que dan valor probatorio pleno a las actuaciones del Ministerio Público se funda en la experiencia. Es fácil obtener la verdad de los testigos, ofendidos e inculpados, en el primer instante que comparecen ante la autoridad, luego ya interviene el consejo de los abogados, que desfigura la realidad de los hechos, de acuerdo con el interés que se defiende.”

El autor Guillermo Borja Osorno también cita el pensamiento del doctrinario Franco Sodi²²⁶, y sobre el tema refiere:

“El Lic. Francisco Sodi nos dice que los actas del Ministerio Público y de la Policía Judicial hace prueba plena, porque la experiencia enseña que es más fácil obtener la verdad real de los hechos cuando se practican las diligencias dentro de un término corto a la comisión del delito. Que si transcurre el tiempo, intervienen consejos de personas interesadas para que los órganos de prueba alteren la verdad y así se nota la frecuencia con que los órganos de prueba se retractan ante la autoridad judicial de las declaraciones rendidas ante el Ministerio Público y la Policía Judicial, por consejos del acusado o de su defensor. A veces, se les llega a ofrecer una retribución económica y que por otro lado, si el Ministerio Público es una institución de

²²⁵ Carlos Franco Sodi. Op. cit. 131-132 ps.

²²⁶ Guillermo Borja Osorno. Op. cit. 122 p.

buena fe, interesada tanto en que se aplique una sanción al culpable, como que se reconozca su inocencia, no hay razón para negar que las diligencias de la Policía Judicial tengan pleno valor probatorio.”

En esa tesitura, con toda esa corriente en contra; además de que la integración de la averiguación previa es de orden público, en mi opinión, el abogado que asista al testigo en su declaración debe mantener presente el valor de la ética y aconsejarlo únicamente sobre los derechos y garantías procesales que le otorga la Ley; es decir, no debe influir en cuanto al conocimiento e impresión que tiene éste sobre los hechos delictuosos.

Por el contrario, considero correcto que el abogado debe recomendar al testigo que acuda ante la autoridad investigadora a rendir su declaración para evitar precisamente la consecuencia legal de que sea objeto de la aplicación de los medios de apremio; y en su caso, se le considere responsable del ilícito de desobediencia y resistencia de particulares; así como aconsejarlo que diga las cosas tal y como sucedieron sin omitir dato alguno, porque recuérdese que podría incurrir en el delito de falsedad.

En el caso de los testigos, no es factible proceder como sucede –por ejemplo– con el indiciado, quien no está obligado a declarar; y además, en aras de defenderse puede incluso mentir y su conducta no es antijurídica; es decir, no puede ser sujeto activo del delito de falsedad. Por su parte, el testigo sí está obligado a declarar y no sólo a eso sino también a decir la verdad y a rendir protesta sobre ello, de acuerdo con lo que establecen los artículos 242 y 247 del CFPP.

En razón de lo anterior sería muy grave para el testigo que su abogado le recomendara no acudir al llamado de la autoridad; o en su caso, alterar la verdad de los hechos, porque ello le acarrearía las consecuencias antes apuntadas con el riesgo inminente de que se vea afectada su libertad personal.

2.- La asistencia legal al testigo y su relación con los derechos humanos.

En el capítulo V, de nuestra investigación, hicimos un análisis previo de tan importante tema y las consideraciones que ahí establecimos nos dan el sustento para patentizar la relación que existe entre el derecho del testigo a la asistencia legal en la averiguación previa y los derechos humanos.

Para una mejor comprensión del tópico, en mi opinión, es importante hacer un comparativo entre la situación procesal del indiciado y la del testigo en la fase de la indagatoria.

Antes del año de 1991, la situación del inculcado era sumamente complicada porque no podía ejercer en la fase de averiguación previa las garantías individuales que en ese tiempo establecía el artículo 20 de la Constitución General de la República, basado primordialmente en la corriente que considerada a la indagatoria con el carácter de inquisitiva.

Un dato sobre la observación anterior, es el pensamiento del autor Rafael Pérez Palma²²⁷, que dice:

“...En consecuencia, pese a los graves defectos de que se hallaba rodeada la averiguación previa, en tanto las ciencias de la criminología no descubran algún otro procedimiento que supere al actual, habrán de seguir los métodos tradicionales. Las investigaciones de la policía tienen forzosamente que ser secretas, ya que la publicidad que se haga de sus descubrimientos se convertiría en arma para los delincuentes que, sabiendo de los movimientos de la policía, podrían más fácilmente eludir su acción: no puede dar lugar a un procedimiento contradictorio, porque el debate no haría sino entorpecer las investigaciones y porque implicaría revelación de datos que pudieran ser aprovechados por los delincuentes; ***tampoco puede conceder***

²²⁷ Rafael Pérez Palma Op. cit. 325-326 ps.

derecho a la defensa, porque las investigaciones no son propiamente acusatorias, sino inquisidoras de una verdad histórica.”

En esta época (1991) aparece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que fue aprobado mediante decreto del Congreso de la Unión de fecha 20 de diciembre de 1990 y promulgado por el Ejecutivo Federal mediante publicación hecha en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de enero de 1991, y se erige como una garantía procesal extraordinaria -porque no la contemplaba la Constitución-, de que toda aquella persona que tuviera que rendir declaración ante las autoridades investigadoras tendría derecho a hacerlo asistido de un abogado; lo que desde luego, significó la posibilidad de que el acusado pudiera contar con la presencia de un abogado desde los primeros instantes de la investigación; y por su parte, el testigo también estaba en aptitud de hacerlo.

Sobre dicho punto escribe el doctrinario Juventino V. Castro²²⁸, al hacer un estudio sobre la reforma al artículo 20 de la Constitución General de la República de 1993, en donde refiere que antes de ésta, ya existían garantías extras que establecían el derecho del indiciado a la asistencia de un defensor desde la fase de la averiguación previa, en lo que obviamente se refiere el artículo 127 bis del CFPP, y lo refiere de la siguiente manera:

“...También se reconoce constitucionalmente ahora lo que las leyes ordinarias ya habían otorgado como garantías extras: la asistencia de un defensor en la confesión del inculpado ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez –que de antemano descalificamos, por ser una incongruencia de la reforma al permitir, aparentemente, como legal una confesión ante autoridades distintas de las enumeradas- pero específicamente en la averiguación previa, vía el penúltimo nuevo párrafo del artículo 20. Antes de ello se entendía que la asistencia del defensor lo era solamente ante el juez...”

Incluso vale la pena insistir, que en principio, la iniciativa presidencial de reforma motivó la creación del citado numeral (127 bis del CFPP), lo contempló como un derecho para el inculpado, pues en ésta se utilizaba el término “defensor”, pero en la discusión de los miembros del Congreso, se sustituyó ese vocablo por el de “abogado” en su acepción lato sensu, lo que le dio mayor amplitud a su aplicación, ya que con esa perspectiva quedaba bajo la protección de la referida norma no sólo el indiciado sino toda aquella persona que por alguna razón tuviera que rendir declaración respecto a los hechos motivo de la investigación, como lo señala el Doctor Sergio García Ramírez en su obra *“Proceso Penal y Derechos Humanos” Ob. cit.*, y que mencionamos en el punto que antecede.

Ahora bien, lo que no podemos dejar de mencionar es, que en la motivación de la iniciativa de reforma se menciona el concepto de derechos humanos, al establecer lo siguiente:

“(…) CONTENIDO: Tiene como argumento fundamental la necesidad de establecer mecanismos idóneos para vigorizar el respeto a los derechos humanos dentro del Estado Social de Derecho, trata de poner al día toda la eficacia del Estado y el potencial de la Sociedad Civil en beneficio de la condición social, comunitaria y colectiva, con el fin de establecer con mayor claridad los límites de actuación de los órganos del Estado durante diferentes momentos procedimentales y del juicio penal y buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales.

Esto me da la pauta para sostener que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, se creó con la intención de proteger los derechos humanos, por eso afirmo que el derecho de toda persona a nombrar un abogado para que lo asista durante su declaración tiene su origen en éstos.

²²⁸ Juventino V. Castro. *Garantías y Amparo* 10ª ed Ed. Porrúa, México, 1998. 258-259 ps.

Posteriormente con la reforma a la fracción X, del artículo 20 de la Carta Magna, de fecha 2 de septiembre de 1993, publicada al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación, se le adicionó en ese entonces, el penúltimo párrafo (ahora es el último), que dice: **“Las garantías previstas en las fracciones V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.”**, vino a dejar en claro la garantía de defensa del acusado en la indagatoria y el Ministerio Público se vio obligado a observarla en todo momento.

Con motivo de lo anterior, también se reformaron diversas leyes en todo el País, y como ejemplo de ello, podemos citar los datos que nos proporciona el autor Carlos Barragán Salvatierra²²⁹, en los siguientes términos:

“En las reformas del 10 de enero de 1994, se establece como una obligación el que el indiciado cuando rinda una declaración ante el Ministerio Público, pueda defenderse por sí mismo, por defensor particular, de oficio o persona de su confianza, tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en el Distrito Federal.”

Así que, en mi opinión, con este importante avance de llevar el derecho constitucional al ámbito de la averiguación previa, los derechos del inculcado quedaron garantizados al amparo de la Carta Magna; por lo que, desde el punto de vista práctico, el artículo 127 bis en comentario dejó de tener aplicación para éste (indiciado), pues sería inútil sostener un conflicto de la norma secundaria con la constitucional, pues evidentemente esta última prevalece sobre la primera; y su disposición reglamentaria la vino a constituir en todo caso, el diverso 128 del CFPP.

En este orden de ideas, podemos afirmar que tomando en cuenta que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, desde su creación era

²²⁹ Carlos Barragán Salvatierra. Op cit. 240 p.

aplicable para toda persona que tuviera que rendir declaración en la indagatoria, en la actualidad constituye una garantía procesal para la testigo y ésta tiene su origen y fundamento en los derechos humanos y es inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo, y como ejemplo de ello, podemos citar las apreciaciones hechas en el capítulo I, inciso 4, que se refieren a los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Vid Supra p. 9.

Así las cosas, en mi concepto, este tipo de eventos internacionales avalados por la Organización de las Naciones Unidas -de la que desde luego, nuestro País forma parte- en los que ya se manejaba el derecho a la asistencia jurídica de toda persona como un derecho fundamental del hombre, y no sólo del acusado, tuvieron influencia en la creación de la norma en estudio, pues necesariamente lo debo considerar así, tomando en cuenta que fueron concomitantes a ésta.

Si bien la presencia de un abogado durante la declaración del testigo no puede desvincularse de la naturaleza del derecho de defensa, desde el punto de vista jurídico, no podemos afirmar que tenga su fundamento en la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, porque el contenido del artículo 127 bis del CFPP, no comulga con la disposición constitucional al establecer restricciones a ese derecho, como lo es de comunicación entre abogado y asistido.

Por eso soy de la opinión de que en cuanto al testigo, quedó únicamente como una garantía procesal que permaneció así por un lapso hasta que fue reformado el artículo 1º de la Constitución General de la República, mediante decreto del 14 de abril de 2001, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto del

mismo año²³⁰, con un alto contenido del concepto de derechos humanos, pues en el mismo se establece lo siguiente:

1º.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o **cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.**"

Esta reforma a la norma constitucional en comentario, vino a dar sustento jurídico a los gobernados para llevar ante los Tribunales cualquier violación a los derechos humanos, y desde luego, en busca de resoluciones que efectivamente sancionen esa conducta de las autoridades.

Incluso en el proyecto de reforma a la Ley de Amparo, se establece en su artículo 1º, que el juicio de amparo procede contra violaciones a los derechos humanos, y lo contempla de la siguiente manera:

"Artículo 1. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los derechos humanos que protegen los tratados internacionales generales en la materia, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²³¹

²³⁰ Diario Oficial de la Federación. Poder Ejecutivo Federal. 14 de agosto de 2001.

²³¹ Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo. *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* fechado el 29 de agosto de 2000, 67 p.

Ahora bien, es cierto que lo anterior no deja de ser una propuesta de ley que dependerá del órgano legislativo su aprobación o no; sin embargo, este tema se encuentra actualmente en el Foro Nacional y conviene citarlo en el presente trabajo porque nos da una idea de la trascendencia jurídica que ha alcanzado el tema de los derechos humanos. Además de que, no puedo dejar de mencionar de que ya es una realidad como derecho sustantivo en nuestra Carta Magna al incluirse en su artículo 1º, mediante la reforma de 14 de abril de 2001, ya citada.

Al respecto conviene citar los conceptos del autor Santiago Corcuera Cabezut²³², quien hace una importante reflexión sobre la violación de derechos humanos y los mecanismos jurídicos de impugnación.

“...Sabemos que los derechos humanos son las facultades que toda persona tiene en razón de sus atributos esenciales, es decir, de aquellos atributos que la hacen ser lo que es, una persona humana y no otra cosa. A partir de este concepto se entiende por eficacia de los derechos humanos el goce y ejercicio de estos derechos por sus titulares, y por violación a los mismos, en un sentido amplio, la obstrucción, restricción o eliminación de la posibilidad de gozar y ejercer esos derechos, provocada por cualquiera. Sin embargo, en sentido estricto, y debemos decir, en rigor jurídico, la violación de los derechos solamente la comete la autoridad pública y no los particulares. Sin un particular atenta contra la integridad corporal de otro particular, habrá cometido el delito de lesión, pero si un funcionario público hace lo mismo, habrá cometido el delito de tortura. Lo primero es un delito común, lo segundo es una violación a los derechos humanos.

Nuestra Constitución es clara al establecer que el juicio de amparo, que es la garantía jurídica por excelencia en contra de violaciones de derechos humanos, procede contra actos de autoridad y a instancia de la parte agraviada. Lo mismo indica el art. 102-B, al señalar que los organismos de protección de los derechos humanos amparados en el orden jurídico conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público...”

²³² Santiago Corcuera Cabezut. *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Servicios Editoriales Graficos, S.A. de C.V., México, 2001. 27 p.

· Tomando en cuenta lo anterior, podemos decir, que la asistencia legal al testigo se encuentra protegida por el artículo 1º de la Constitución General de la República, pues si el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, fue creado sobre la base de fortalecer el respeto a los derechos humanos de las personas y busca expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales, es obvio que no se puede negar que la reforma al artículo 1º Constitucional viene a plasmar una norma de carácter sustantivo (garantía individual) que se encuentra íntimamente relacionada con éstos (derechos humanos).

Así las cosas, considero que si la autoridad investigadora en un momento dado se negara a que el testigo estuviera asistido por un abogado en su declaración, ello constituiría una discriminación que atenta contra su dignidad humana, pues obviamente menoscaba ese derecho fundamental del hombre; luego entonces, en observancia estricta a la ley, el testigo está en aptitud de nombrar a un profesional del derecho que lo asista en su comparecencia y esta decisión deberá ser respetada en todo momento.

3.- La asistencia legal al testigo y su relación con las garantías individuales de no auto-incriminación y de defensa.

3.1.- ¿Es posible que el testigo a la vez pueda ser considerado indiciado en la averiguación previa?

Para dar respuesta a esta importante interrogante –incluso una de las hipótesis fundamentales de nuestro trabajo- es necesario remontarnos al pasado en donde localizamos antecedentes de la situación procesal del testigo, en los que se le llegó a considerar como acusado al estar rindiendo su declaración, como lo refiere Don Eugenio de Tapia, en su obra “FEBRERO NOVÍSIMO Ó LIBRERÍA DE

JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS, que reporta datos del derecho procesal español del año 1830, sobre el capítulo de *“Averiguación del delincuente”*, y que ya vimos en el capítulo I, de esta investigación, pero que conviene volver a citarlos por la importancia que tienen para dilucidar este tópico.

“14. El testigo no solo debe declarar sobre lo principal de la pregunta ó cita que se le hace, sino que además ha de explicar las circunstancias del suceso, especialmente cuando de omitirse estas, ha de quedar confuso ó dudoso lo declarado. La manifestación de dichas circunstancias conduce para muchos fines, pues califica la verdad de lo que depone, facilita á veces la defensa ó inocencia del reo, **y constituye sospechoso en otras al propio testigo, tanto en la falsedad de su dicho, como en la culpa del delito que se indaga.**”

“20. Estas indagaciones minuciosas sirven á veces, no solo para descubrir al reo principal, **sino también para que el mismo testigo se descubra, ya cohonestando ciertos hechos de mala especie, ya disculpándose intempestivamente, tergiversando cosas aplaudiendo la conducta de los reos, ó cometiendo oficiosidades y contradicciones que le hacen parte interesada ó cómplice en el asunto.**”

“21. **Cuando la falsedad, contradicciones ó excusas no pedidas al testigo ú otro accidente resultante de su declaración ó de los autos indica su culpa o complicidad en el delito que se inquiera, se hacen preguntas directas e indirectas como si fuese reo; y presumiéndose con fundamento que lo es, se le asegura en prisión, siguiendo la causa con él como con los principales.** No solo en este caso, sino en los de ser hombre sin arraigo, ó temerse a su larga ausencia á país distante, de modo que después no pueda ser ratificado, se le tiene en arresto (a costa de quien se proceda), o se le suelta con fianzas (1)”.
 UNIVERSIDAD AVTONOMA DE TAMPICO
 DIRECCION GENERAL DE BIBLIOTECAS

En tal virtud, estos precedentes me permiten descubrir que la interrogante formulada no es nueva; y por ende, su respuesta tampoco, puesto que como puede verse, ya en aquel tiempo se podía estimar que efectivamente el testigo podía ser considerado a la vez como acusado al estar declarando sobre los hechos sujetos a la investigación.

En la actualidad encuentro múltiples causas por las cuales el Ministerio Público pudiera sospechar de la participación del testigo en la comisión del delito; y así por ejemplo, podemos señalar al lugar de los hechos al que nos referimos en el

capítulo VII, de este trabajo Vid. Supra p.103, que representa una fuente importante de información sobre las circunstancias en las que se cometió el ilícito; así como de las personas que lo presenciaron o intervinieron directamente en su materialización.

Así las cosas, las huellas, instrumentos u objetos encontrados en la escena del crimen, pueden reportar datos sobre la presencia de una o varias personas en el lugar de los hechos, pero en ese momento el Ministerio Público o sus órganos auxiliares desconocen cuál es la situación procesal de determinada persona; es decir, si se trata de un testigo o de un presunto responsable; pero lo que si es seguro es, que fundadamente puede establecerse que tiene conocimiento de los acontecimientos; por lo que de acuerdo con el artículo 125 del CFPP, tiene la facultad de citarla para que declare en relación a los mismos.

Es obvio que en este supuesto la autoridad investigadora puede interrogar al declarante en ambos sentidos; es decir, como testigo y en un momento dado como indiciado, porque el sustento para esto último, se lo da la evidencia encontrada en el lugar de los hechos.

Ahora bien, no podemos soslayar la situación que comúnmente se presenta cuando el testigo relata hechos que suponen la participación de éste en la comisión del delito y que le permiten al Ministerio Público cambiar el sentido de su interrogatorio para formularle preguntas sobre actos propios; es decir, debido a lo oscilante que es en el procedimiento penal la calidad de tercero a la de parte, como nos lo refiere el autor Eugenio Florian²³³, en los siguientes términos:

“...Y en particular, parece impropio adoptar como criterio diferenciador de la calidad de parte, ya que en el proceso penal la calidad de parte no es tan precisa como en el civil, e inclusive es oscilante y variable. Una misma persona puede cambiar su calidad de tercero o de parte durante el curso del proceso. Además, las declaraciones de las partes (acusado, parte lesionada) no llevan anejo un valor formal prestablecido de prueba,

²³³ Eugenio Florian. Op. cit. 86.

como ocurre en el proceso civil. Por esto, en el sistema actual del proceso penal (en particular el nuestro) no existe, por lo menos formalmente, una diferencia indefectible entre la declaración de la parte y la deposición del testigo.”

Comparto la crítica que hace el autor respecto al criterio diferenciador entre parte y testigo, porque también en nuestro País, en materia del proceso penal una persona puede cambiar de ser testigo a acusado en razón de las circunstancias en que se haya cometido el delito, o bien, por el resultado de diversas pruebas que hagan presumir fundadamente su participación en la comisión del ilícito.

Todo lo anterior, me permite establecer con certeza que sí es posible que el testigo pueda ser considerado como indiciado de manera simultánea al rendir su declaración ante las autoridades investigadoras.

3.2. ¿El abogado que asiste al testigo está en posibilidad de asumir también la calidad de defensor?

Como lo hemos comentamos en el apartado que antecede, la asistencia legal al testigo no puede desvincularse del derecho de defensa relacionado comúnmente con la situación procesal de la persona que está sujeta a una acusación penal.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

En razón de esta apreciación considero oportuno precisar que mi opinión se basa fundamentalmente en que el derecho a la asistencia legal es inherente a toda persona por el solo hecho de serlo, lo que lo constituye en parte de los derechos humanos; y siendo así, podemos afirmar que éste es el género y el derecho de defensa una de sus especies, por concretarse exclusivamente al indiciado.

El doctrinario Raúl Washington Abalos²³⁴ habla de funciones de asistencia cuando alude a la actividad del defensor del acusado y lo refiere así: -

a).- Funciones de Asistencia. La principal es la de consejo, puesto que respecto de la defensa material del imputado le informa de los deberes y derechos que en este aspecto detenta. Lo dirige en la presentación de los hechos poniendo de relieve las circunstancias que más lo favorecen.

Por otra parte controla en la tramitación del proceso a las otras partes y al propio tribunal en la observancia regular de las normas que deben aplicarse en el caso concreto. Exige el cumplimiento del debido proceso legal.

En este orden de ideas, la relación que encuentro entre el derecho del testigo a la asistencia de un letrado durante su declaración y el derecho de defensa que establece la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, radica precisamente cuando el testigo pasa a ser considerado como inculcado en el mismo acto de su deposición, pues bajo esta última condición es jurídicamente aceptable que el declarante queda amparado por la garantía individual en comentario; y bajo esa perspectiva, tiene derecho a defenderse por sí mismo, por abogado o persona de confianza, según lo establece el texto de la norma constitucional indicada.

Ahora bien, si previamente ya había designado un abogado para que lo asistiera en su declaración como testigo en términos de lo que dispone el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, en mi opinión, no existe obstáculo para que también se considere que la situación del profesionista del derecho cambia a la de un defensor con todas las facultades que ello conlleva, y en especial, ya no tendrá la prohibición de comunicarse con su asistido porque al amparo de la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, el canal de comunicación entre uno y otro debe prevalecer sobretodo cuando de abstenerse de declarar se trata, de acuerdo con la fracción II, del mismo numeral citado; prerrogativa que no está sujeta a condición alguna.

²³⁴ Raúl Washington Abalos. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina,

En otras palabras, es importante diferenciar que cuando el declarante tiene la calidad de testigo, el letrado es un simple asistente técnico que con su presencia impide que el órgano investigador rebase sus facultades de interrogarlo al tener la facultad de impugnar aquellas preguntas que sean inconducentes o contra derecho; además garantiza la libre y espontánea declaración de su asistido y debe vigilar que se respeten todas y cada una de las garantías procesales que la ley establece a favor de este último.

Por su parte, cuando al compareciente se le atribuye la calidad de indiciado; entonces, el abogado se convierte en su defensor y deja de ser un simple asistente para adoptar la postura de dirección en defensa de los intereses legales del declarante.

El autor Fernando Arilla Bas²³⁵ al estudiar la naturaleza del cargo de defensor, hace importantes observaciones que se relacionan con el punto de que se trata.

"Se discute cual sea la naturaleza del cargo de defensor. Los tratadistas opinan, al respecto, que aquel tiene el carácter:

- a) de un auxiliar de la administración de justicia.
- b) de un mandatario.
- c) de un asistente técnico.
- d) de una institución sui generis.

La doctrina suele pronunciarse a favor del último de los caracteres mencionados. En efecto, el defensor no es un auxiliar de la administración de justicia, pues el deber de guardar el secreto profesional, que le impone la norma insita en el artículo 211 del Código Penal, le veda colaborar con los tribunales. Tampoco es un mandatario, porque el mandato es voluntario en tanto que la defensa es obligatoria, ni un simple asistente técnico, pues no es órgano de consulta del acusado sino de dirección."

En esa tesitura, en mi opinión, sí es jurídicamente aceptable considerar que el abogado que asista al testigo está en posibilidad de asumir la calidad de defensor en

138 p.

²³⁵ Fernando Arilla Bas. Op cit. 43-44 ps.

términos de lo que dispone la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

De aquí parte la idea de que es factible que una persona al estar declarando o durante el procedimiento, de testigo pase a ser indiciado; por lo que en razón de ello, se justifica la asistencia del abogado conforme lo establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y es por esto también que el alcance de ésta es para proteger sus derechos también como indiciado, pues al ser interrogado bajo esta circunstancia o citado en tal carácter, está en aptitud de ejercer su derecho a permanecer callado y abstenerse de responder el cuestionamiento de la autoridad, porque en ese momento opera la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la constitucion General de la Republica.

3.3.- ¿Una pregunta incriminatoria tiene la calidad de ser inconducente o contra derecho?

La respuesta a esta interrogante la encontramos en el capítulo XIII, incisos 3.2., 4 y 5, de este estudio; y en razón de ello, considero que para el desarrollo de este apartado debemos remitirnos a dicho punto.

Sin embargo, desde otra perspectiva es importante establecer que la intención del Ministerio Público con la pregunta incriminatoria es en todo momento buscar que el declarante –en este caso el testigo- reconozca su participación en el delito y bajo esta circunstancia, pueden influir diversos factores en el persona que declara y en un momento dado confesar algun grado de intervención delictiva, como lo es:

- a).- Una equivocada apreciación de los hechos.
- b).- Una erronea compresion de la interrogante.
- c).- Una aparente prueba en su contra.
- d).- Una aparente conducta omisiva.

e).- Simplemente por la habilidad del Fiscal que lo lleva a dar la respuesta que implica tal reconocimiento.

Sobre este tema encontramos algunos conceptos del autor Gaspar Gaspar²³⁶, quien nos dice:

“f).- Posibilidad de inducir a confesar por error.

Tengase presente que difícilmente se acusa sin que haya indicio, una coincidencia fatal, una falsa apariencia de prueba. Pues bien, un instructor habil, convencido de que tiene en sus manos graves indicios, es a menudo un luchador que no deja ver su juego inmediatamente, y por ello el sindicado, cuando ya ha visto que la investigación penetra en lo íntimo de sus convicciones, perturbándolas profundamente, se siente de improviso asediado por la prueba que se ha configurado en su contra. Se encuentra perplejo, hasta el punto de que aumenta sus dudas y hace que se pregunte a sí mismo si verdaderamente el será culpable, si realmente habrá cometido el acto delictuoso cuando de repente ve aducida en su contra una prueba grave y se queda como deslumbrado por esta supuesta evidencia, a tal extremo que sufre un detenimiento de su dinamismo asociativo, el cual habrá facilitado la evocación de los recuerdos en los que encontraba su explicación de la falsa prueba.”

También son importantes las ideas del autor Jeremías Bentham²³⁷, que aluden al aspecto subjetivo del testigo, a su conciencia, cuando se siente involucrado en los hechos que se investigan, y lo narra de la siguiente manera:

“...Pero hay frecuentes ocasiones en que, antes de someterse a esa obligación y a las vejaciones que contiene, el testigo propuesto tomará partido de ocultarse e, inclusive, de abandonar el país. Las seguridades destinadas a prevenir tales eventualidades, que se hallan fuera de lo común, pueden ser designadas con el nombre de seguridades extraordinarias. Los casos en que sea necesario recurrir a ellas, son los siguientes:

1.- Complicidad. Si por no conocerse o sospecharse, el testigo propuesto no ha sido acusado, ello no será obstáculo para que se sienta participe en el delito y tema que se llegue a probar algo contra él y sus motivos de evasión no sean menos fuertes que si se le hubiese acusado directamente.”

²³⁶ Gaspar Gaspar. Op. cit 182-183 ps.

Es evidente que en un caso como el que narra el autor Jeremías Bentham, el testigo una vez que se encuentra ante la presencia de la autoridad investigadora, será más fácil que pueda incurrir en la admisión de responsabilidad penal mediante una pregunta incriminatoria; no obstante que su situación no sea tan grave como él lo piensa, pero aquí el aspecto subjetivo del testigo juega un papel importante dentro de la indagatoria, porque será inminente su cambio de situación procesal de testigo a inculpado aunque en realidad no haya cometido delito alguno.

Otro de los estudios que parece interesante incluir en este tema, es el que realiza el autor Otto Tschadek²³⁸, quien en su obra hace un análisis de los diversos factores subjetivos que influyen en los órganos de prueba, y en ese tenor el capítulo II, de su libro "La prueba", lo denomina "*La autoacusación involuntaria*", del que es importante destacar lo siguiente:

"...Fuera de la confesión falsa, sucede con frecuencia que un acusado, a causa de la torpeza de su comportamiento o de sus declaraciones contrarias a la verdad que nada tienen que ver con el delito propiamente dicho, se acuse a sí mismo sin quererlo y pierda credibilidad. No pocas veces, un individuo que viéndose objeto de sospechas infundadas, con sobrada razón niega haber delinquido, tiene interés en que la investigación no se dé con ciertos pormenores susceptibles de perjudicarlo, sea de inmediato o en el futuro. De ahí la tentación de desviarse en tales casos de la verdad y formular declaraciones inexactas ante el tribunal..."

Si bien las observaciones del mencionado autor se refieren al acusado, la situación que relata —en mi opinión— no es ajena al testigo, pues también puede por torpeza de su conducta o de declaraciones contrarias a la verdad, autoincriminarse sin quererlo.

²³⁷ Jeremias Bentham *Tratado de las Pruebas Penales*. Trad. Manuel Ossorio Florit (del francés al español), V II Ediciones Juridicas Europa-America, Buenos Aires, Argentina, 1971. 282 p.

²³⁸ Otto Tschadek *La Prueba* Trad. Ernesto Volkening (del alemán al español), Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982. 19 p.

En esta tesitura, la respuesta de un testigo dada a una pregunta incriminatoria puede ser producto de diversos factores, como los que ya hemos señalado; pero también debo considerar la existencia real de que el declarante efectivamente haya participado en la comisión del delito, pues de ninguna manera pretendo tomar en cuenta solo uno de los aspectos en defensa de los derechos del testigo ni que mi ideas se presten a una posible confusión, en el sentido de que pudiera pensarse que busco trincar la función del Ministerio Público en la indagación del ilícito; y por ende, propiciar la impunidad; por el contrario, estimo que la actividad de la autoridad investigadora debe darse en el marco de la legalidad, y si por ejemplo, advierte que el testigo ha revelado algún grado de participación delictiva, en mi concepto, no debe seguir declarándolo bajo esa situación procesal (testigo), sino que en todo caso, debiera informarle que su condición ha cambiado a la de inculpado e informarle de todos y cada uno de los derechos que en su favor establece el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

A veces sucede en la práctica –porque he tendido conocimiento de ello- que el Agente del Ministerio Público continúa con la declaración del testigo, no obstante que ya advirtió que lo interrogará sobre hechos propios presuntamente delictivos, lo que implica una grave confusión respecto a la situación procesal del declarante porque recuérdese que bajo la calidad con la que fue citado (testigo), está obligado a declarar; por lo tanto, estimo que el Fiscal deberá volver a citarlo, pero ahora con carácter de indiciado; o bien, recabar en ese momento su deposición pero informándole que ya no es testigo que ahora está siendo considerado como inculpado y que tiene derecho a la defensa por sí, por abogado o persona de su confianza; así como de abstenerse de declarar, en términos de las fracciones II y IX, del apartado A, del artículo 20 Constitucional; entre otros.

3.4. ¿Está obligado el testigo a responder a una pregunta incriminatoria?

En mi criterio, cuando se le cuestiona sobre una pregunta incriminatoria no está el testigo obligado a responder, porque como lo dijimos anteriormente ese tipo de pregunta resulta ser inconducente y contra derecho Vid Supra p. 247-250.

Es importante discernir de que el testigo es la persona tercera extraña a la controversia que posee información sobre el hecho delictuoso; y que en razón de ello, relata acontecimientos ajenos desligados de su persona.

Así las cosas, mientras las interrogantes sean en ese tenor, el testigo tendrá la obligación ineludible de contestar lo que se le pregunta porque ésta es idónea a su condición de testigo.

En efecto, en mi opinión, la obligación de responder del testigo sólo la tiene cuando las preguntas están encaminadas a motivarlo a que exprese lo que sabe acerca del delito; es decir, sobre hechos que están desvinculados de su persona; pero cuando el Ministerio Público a pesar de la objeción planteada por el abogado que asiste al testigo conforme al artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de que la pregunta es inconducente o contra derecho, persiste en que conteste, es obvio que con ella trata de interrogarlo sobre hechos propios para descubrir su probable participación en el delito, y en ese momento no está siendo tratado como testigo sino como inculpado; y por esta razón, no está obligado a contestar tal cuestionamiento pudiendo, en mi concepto, invocar la fracción II, del artículo 20 constitucional, ya sea directamente por el declarante o por consejo de su abogado, en cuyo caso no se le podrá obligar a que lo haga y el Representante Social deberá ser respetuoso en todo caso de ese derecho.

Además, tal garantía no está sujeta a condición alguna por lo tanto, el Ministerio Público no podrá argumentar que debe responder dada su calidad de testigo porque ya no la tiene al interrogarlo sobre hechos propios que le atribuyen al deponente el carácter de indiciado, ya que el texto es claro en ese sentido, no lo podrá obligar, según se establece en el último párrafo, de la fracción X, del artículo 20 de la Carta Magna.

Luego entonces, si la prerrogativa constitucional es de que no está sujeta a condición alguna, resulta claro que no obstante que en principio al declarante se le haya otorgado el carácter de testigo y durante su declaración su postura procesal cambie a la de indiciado, en mi opinión, ello no puede ser pretexto para argüir por parte del órgano investigador que si está obligado a responder, porque ello implicaría condicionar la garantía individual en comentario; y en consecuencia, de manera ilícita se le pretendería obligar a hacerlo.

Para clarificar el sentido de la garantía individual contenida en la fracción II, del artículo 20 Constitucional, me permito citar las ideas del doctrinario Juventino V. Castro²³⁹, que refiere lo siguiente:

“...La fracción II, del artículo 20, también sufre en 1993, un cambio destacable. Antiguamente se disponía que nadie podía “ser compelido a declarar en su contra”. Ahora simplemente se dispone que “no podrá” ser obligado a declarar.”

Así las cosas, bajo lo anteriores conceptos podemos concluir que el testigo no está obligado a responder a una pregunta con carácter incriminatorio y el órgano investigador no podrá obligarlo a hacerlo, porque como ya lo dijimos, en el momento que lo cuestiona en esa forma le otorga el carácter de inculpado, y por esta razón, ipso iure queda protegido por las garantías individuales antes referidas.

²³⁹ Juventino V. Castro. Op cit. 258 p.

3.5.- ¿Es posible que el abogado aconseje al testigo que se abstenga de responder una pregunta inculpativa?

Este tema fue tratado en el capítulo XIII, inciso 6, subinciso 6.5 Vid Supra p...; sin embargo, es importante puntualizar que, si en el momento en que el Ministerio Público interroga al testigo sobre hechos propios que lo pretendan inculpar adquiere la calidad de inculpativo; y en consecuencia, queda amparado por la garantías individuales establecidas en el apartado A, del artículo 20 de la Constitución General de la República, es obvio que igualmente el abogado que lo asiste, en mi opinión, está en aptitud de asumir la postura de defensor de acuerdo con lo establecido en la fracción IX, del mencionado dispositivo constitucional; y en esas condiciones, también se abre el canal de comunicación que debe existir entre el inculpativo y su defensa; por lo tanto, considero que sí puede legalmente aconsejar al declarante de que se abstenga de responder ese tipo de preguntas porque pudiera autoincriminarse.

Si bien es cierto, que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales motivo de estudio, establece que el abogado no podrá inducir ni producir las respuestas de su asistido, en mi concepto, ello sólo opera cuando es tratado como testigo, pero cuando el órgano investigador pretende ir más allá buscando descubrir su probable participación en el delito; entonces, su situación procesal cambia a la de inculpativo, y bajo esas condiciones, la prohibición de comunicarse con el declarante deja de tener aplicabilidad porque el abogado también deja de tener la calidad de simple asistente para convertirse en su defensor, ya que en ese instante lo que prevalece es el artículo 20 constitucional; lo que significa que sí puede recomendar a su asistido que se abstenga de declarar sobre tal cuestionamiento, de acuerdo con la fracción II, del citado numeral de la Carta Magna.

3.6. La abstención del testigo a responder a una pregunta incriminatoria ¿genera la comisión de un delito?

La respuesta a la pregunta que motiva este apartado, la encontramos en el capítulo XII, de este trabajo, en su inciso 3, subinciso 3.2. Vid Supra p 224, cuando estudiamos el tipo penal contenido en el artículo 182 del Código Penal Federal, y de cuyo análisis concluimos que en la averiguación previa, el testigo no comete delito alguno en el caso de que se abstuviera de responder a una interrogante que lo pudiera incriminar, pues ese ilícito sólo puede tener lugar en la fase procesal del juicio.

3.7. ¿Existe obligación de la autoridad investigadora de designarle un defensor oficial al testigo para que lo asista en su declaración cuando éste no lo haga?

En la forma en que aparece redactado el artículo 127 bis del CFPP, resulta claro que a quien corresponde designar a un abogado para que lo asista en su declaración es al propio testigo; sin embargo, en mi opinión, la autoridad investigadora sí tiene la obligación de informarle que tiene derecho a ser asistido por un letrado y de ello debe quedar constancia en el acta.

Ahora bien, en mi criterio, no existe obstáculo procesal alguno, para que el testigo haga la designación en un defensor oficial si ese fuera su deseo.

El punto medular a tratar radica en saber si existe obligación o no, del órgano investigador para que éste haga la designación en caso que el testigo se niegue a hacerlo, como sucede en el caso del inculcado.

El numeral en estudio dispone lo siguiente: *“Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, **tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él...**”*

Bajo una interpretación literal del primer párrafo, del artículo 127 bis en comentario, es evidente que no concede opción respecto a la designación del abogado, pues ésta corresponde únicamente al declarante, en este caso, al testigo; es decir, que si este último no desea nombrar a un letrado para que lo asista en su declaración, la diligencia legalmente puede llevarse a cabo sin su asistencia; por lo que en esa tesitura, no existe obligación alguna para el Ministerio Público y sus órganos auxiliares, de hacer la designación en rebeldía de la persona que declara porque no tiene sustento legal para ello.

A pesar de lo anterior, si la declaración comienza sin la presencia de un abogado debido a que el testigo no hizo uso de ese derecho, pero durante el desarrollo de ésta, la autoridad investigadora se viera en la necesidad de interrogar al declarante sobre hechos vinculados a su persona para descubrir su probable participación delictiva; es aquí cuando debe hacer un paréntesis en la diligencia y hacerle saber al compareciente que su condición de testigo a cambiado a la de indiciado; y en razón de ello, tiene el derecho de nombrar a un defensor, y en caso de que no lo haga, la Representación Social sí tiene obligación de nombrarle a uno, de acuerdo con lo establecido en la fracción IX, del apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna.

Así las cosas, el derecho del testigo a la asistencia de un abogado en su deposición depende exclusivamente de él; pero para que pueda hacer uso de esa prerrogativa es necesario que se le haga saber al comienzo de la diligencia, pues de otra manera, en mi concepto, esa actuación ministerial sería nula, como lo veremos en el capítulo subsecuente.

XV.- CONSECUENCIAS DE LA INOBSERVANCIA AL DERECHO DE ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO.

1.- En el caso de que el Ministerio Público de la Federación no informe al testigo del derecho que tiene a la asistencia de un abogado.

Hemos dicho que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, es una garantía procesal del testigo que pone límite a la actuación del Ministerio Público con relación a la facultad que tiene de interrogarlo, puesto que el abogado que lo asiste está en aptitud de objetar aquellas preguntas que tengan el carácter de ser inconducentes o contra derecho, en cuyo caso, en nuestra opinión al ser impugnada no debe ser formulada al declarante.

Luego entonces, para que el interrogatorio que realice el órgano investigador cumpla con las formalidades legales también es necesario que antes de que comience a declarar el testigo, el Representante Social le informe que tiene derecho a nombrar un abogado que lo asista en la diligencia; o bien, darle lectura del contenido del artículo 127 bis del CFPP; situación que en nuestro concepto, debe quedar plasmada en el acta que al efecto se levante con motivo de la deposición del testigo.

Así las cosas, considero que si no informara el Ministerio Público al testigo del derecho que tiene a la asistencia de un abogado, ello implicaría estimar fundadamente que la declaración ha sido recabada dolosamente; y desde luego, de manera ilegal, pues no se le dio la oportunidad, en primer término, de hacer la designación de un letrado; y por ende, de impugnar aquellas preguntas que hayan tenido la calidad de ser inconducentes o contra derecho y que muy probablemente haya contestado; por ello estimo, que la autoridad investigadora invariablemente

debe informar al declarante sobre tal prerrogativa para que el interrogatorio que le formule pueda ser considerado ajustado a la ley.

Ahora bien, en mi criterio, la consecuencia que produce la omisión –dolosa o no- de informar al testigo sobre el derecho en comentario, perjudica el valor probatorio de la declaración rendida por éste, pues si no cumple con tal formalidad no debe tomarse en cuenta como prueba en la averiguación previa y por supuesto tampoco en el proceso, dado que en esas condiciones debe considerarse, que no se satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

Art 289.- Para apreciar la declaración de un testigo el tribunal tendrá en consideración:

I.- Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II.- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

III.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

Del contenido de las fracciones del artículo citado tiene relevancia para el tema de que se trata, la número V, cuando refiere que el testigo no sea impulsado por engaño, error o soborno, pues en mi opinión, si la autoridad investigadora no le informara sobre el derecho que tiene a ser asistido por un abogado durante su declaración, es una forma de engañarlo para obtener su deposición y que responda toda clase de preguntas incluso aquellas que prohíbe el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, como lo son las inconducentes o contra derecho, ya que con esa manera de proceder se le hará creer que el desahogo de su testimonial es legal.

Este tipo de conducta de la autoridad ha sido estudiada por el autor Manuel Miranda Estrampes²⁴⁰ desde el punto de vista del derecho procesal penal español, en los siguientes términos:

"...BERNAL VALLS se pregunta ¿qué sucede si el testigo declara ignorando que podía abstenerse y sin que hubiera sido expresamente advertido de su derecho a no declarar?. Opinamos que en aquellos casos en los que el Juez requiere al testigo-pariente para que preste declaración sin advertirle de este derecho que le asiste su testimonio no será válido y no podrá ser utilizado como medio de prueba, debiendo reputarse como prueba ilícita

Esta opinión doctrinaria aunque habla del testigo-pariente cuando no se le informa que tiene derecho a no declarar en contra del acusado, en mi criterio también es susceptible de considerarse de acuerdo con nuestro derecho procesal penal, pues en México el testigo tiene ese derecho en el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales y es una norma que es adoptada en los Estados de la República; y además debo decir, que en la práctica sí se informa al declarante sobre tal privilegio antes de comenzar a declarar.

Pero regresando al punto en cuestión y tomando en cuenta las ideas del autor Manuel Miranda Estrampes, considero que si el Ministerio Público no pone en conocimiento del testigo el derecho que tiene a nombrar a un abogado para que lo asista, el testimonio que rinda no será válido dado que no cumple con una de las formalidades esenciales establecidas en la ley, debiéndose considerar como un medio de probatorio recabado de manera ilegal.

Ahora bien, en los precedentes del Poder Judicial de México, encontramos algunas tesis relacionadas con el tópico de que se trata, y son las siguientes:

²⁴⁰ Manuel Miranda Estrampes Op cit 41-42 ps.

“MINISTERIO PÚBLICO Y POLICÍA JUDICIAL, VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR EL. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la policía judicial tienen valor probatorio, *siempre y cuando se ajusten a las reglas que respecto del valor de las pruebas establece la ley adjetiva, y sólo no pueden tomarse en cuenta las declaraciones hechas ante estos funcionarios, cuando se demuestra que fueron producidas por medio de la violencia física o moral, o por otros datos que hagan presumir que tales declaraciones están viciadas;* y en esas condiciones, aun cuando la declaración se rinda ante el órgano investigador, que posteriormente se convertirá en parte acusadora, ésta es válida, siempre que se rinda en forma tal que no pueda desestimarse por los vicios que pueda tener.

Amparo directo 5139/73. Fedor Ivan Popic Pastene. 1o. de abril de 1974. 5 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Vease: Tesis de Jurisprudencia No. 219, Apéndice 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala, Pag. 444."²⁴¹

“TESTIGOS, VALOR DE SUS DECLARACIONES CUANDO SON DETENIDOS Y COACCIONADOS EN FORMA ILEGAL. Si bien es cierto que en el procedimiento penal, acorde al principio de inmediatez procesal, debe darse preferencia a las primeras declaraciones que los testigos producen recién verificados los hechos y no a las modificaciones o rectificaciones posteriores, también es, que tal criterio sólo es aplicable cuando la primera declaración esta rendida en términos legales, esto es, por persona con criterio suficiente para juzgar el acto que tenga imparcialidad, que conozca los hechos por sí mismo, que los narre en forma clara y precisa *y sin coacción ni violencia, ante funcionario de policía judicial que practique la averiguación previa, por lo que, en el caso, en que ilegalmente se detiene a dichos testigos, sin que exista denuncia o acusación ni dato alguno que haga presumir la participación del acusado en el delito que se le imputó, y se les mantiene privados de su libertad sin que exista razón que justificara su detención, tal circunstancia trae como consecuencia la presunción de que los testimonios así obtenidos, fueron coaccionados, y por ende, sus declaraciones carecen de valor probatorio, por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales.*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 281/90. Saúl Bravo Gutiérrez. 29 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Morales Hernández. Secretario: Miguel Avalos Mendoza."²⁴²

²⁴¹ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, Primera Sala, Tomo 64, Segunda Parte, p. 28, IUS 2002, Disco Compacto número 2, registro número 235,909.

²⁴² Semanario Judicial de la Federación. Octava Época, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, Tomo VIII-julio, p. 229, IUS 2002, Disco Compacto número 1, registro número 222,336.

En atención al texto de las tesis citadas, considero que la violencia física o moral a la que pueda ser sometido un testigo, es una forma objetiva indiscutible de restarle valor probatorio al dicho de éste; sin embargo, en mi opinión, tanto la autoridad investigadora como la judicial deben ser acuciosos en su estudio y verificar si efectivamente la testimonial fue recabada conforme a las formalidades establecidas en la ley, no sólo en relación con el derecho que tiene a la asistencia legal sino también a otros, como lo son: El que se le haya designado un interprete, un traductor, que se le haya permitido leer su declaración y hacer las aclaraciones pertinentes, el derecho a callar cuando esté relacionado con el inculpado, en fin todos aquellos que han sido estudiados en el capítulo X de esta investigación.

Todo lo anterior, me lleva a concluir sobre el tema tratado, que si al testigo no se le informa sobre el derecho que tiene a nombrar un abogado para que lo asista durante su declaración, es motivo suficiente para considerar que su dicho adolece de un vicio que necesariamente incide en el valor probatorio del mismo; y siendo así, en nuestra opinión, no puede ni debe ser tomado en cuenta como medio de prueba, pues por ejemplo, considero que no podría ser utilizado para destruir la presunción de inocencia que la ley establece a favor del inculpado, precisamente porque considero que para ello se requiere que tal probanza (testimonial de cargo) cumpla con las formalidades legales, como tampoco podría ser empleado en contra del testigo para fincarle alguna responsabilidad derivada de los deberes que le impone la ley; y en fin, pienso que para ningún efecto legal.

2.- En el caso de que el testigo reconozca su participación en el delito ¿Tiene la calidad de confesión?

El artículo 207 del Código de Procedimientos Penales, define a la confesión en la siguiente forma:

“...La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.”

El autor Carlos Barragán Salvatierra²⁴³ retoma la ideas de José Hernández Acero, quien sobre la confesión señala:

“La confesión, en términos de José Hernández Acero, es el reconocimiento que un imputable de haber realizado una conducta que resulta típica, es imputable sobre alguien no menor de 18 años. Para que la confesión se integre debidamente, de manera formal deberá hacerse ante el Ministerio Público o juez de la causa, asistido de su defensor o en presencia de persona de su confianza, debe haber sido instruido previamente y de forma inmediata sobre el procedimiento que se va a seguir y las consecuencias legales y jurídicas que tendrá esta confesión. A este concepto le agregaríamos que existan otras pruebas que hagan creíble esa confesión.”

Ahora bien, desde el punto de vista procesal la confesión tiene que reunir ciertos requisitos para que surta plenos efectos en contra de quien la vierte. Estas exigencias las encontramos en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución General de la República, que dispone:

“II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.”

Así las cosas, de esta disposición constitucional podemos inferir, que la confesión sólo puede ser rendida por aquella persona que tenga la calidad de inculpado; es decir, sobre quien pesa la probable comisión de un delito, únicamente ante el Ministerio Público o el juez; pero además, para que tenga tal carácter

²⁴³ Carlos Barragán Salvatierra Op. cit 382 p.

(confesión) ésta deberá ser vertida ante dichas autoridades en presencia de su defensor; de lo contrario, carecerá de todo valor probatorio.

Sobre el particular, es importante mencionar lo que señala el doctrinario Jesús Zamora Pierce²⁴⁴ al respecto:

“...c) El texto reformado agrega una disposición de gran importancia: “La confesion rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio.” Esta es la parte más importante de la reforma de esta fracción. Se priva de valor probatorio a toda confesión, salvo a aquella rendida ante el Ministerio Público o el juez, y aun ésta sólo tendrá valor si el declarante estuvo asistido de su defensor. Se emplea, así, la garantía de defensa para hacer efectiva la garantía de no autoincriminarse. El defensor, asistiendo a la declaración como testigo de calidad, asegura que ésta no sea coaccionada, permite que el declarante se manifieste con libertad, o bien, incluso, que ejerza su derecho a guardar silencio.”

Como puede verse, la Constitución establece requisitos de orden procesal relacionados con el valor probatorio de la prueba de confesión, y uno de ellos, es que puede ser recibida por el Ministerio Público, autoridad que tiene a su cargo la integración de la averiguación previa, de acuerdo con el diverso 21 de la Carta Magna, y que en virtud de ello, es lo que interesa al tema en comentario, puesto que el mismo se centra en esta etapa del procedimiento.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Por su parte, el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales, establece otros requisitos específicos que también deben acreditarse para que pudiera otorgársele valor a la confesional, y son los siguientes:

Art. 287. La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I.-Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción, ni violencia física o moral;

²⁴⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Mexicano de Derecho Procesal. *Temas de Derechos Procesal Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. U.N.A.M., México, 1996. 272-273 ps.

II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso;

III -Que sea de hecho propio; y

IV.-Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil.

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio.

Las diligencias practicadas por agentes de la Policía Judicial Federal o local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrán tomar como confesión lo asentado en aquellas.

De lo anteriormente mencionado tiene relevancia para el tópico de que se trata, la fracción II, del artículo 287 del CFPP, pues como puede verse, de ésta se desprende que la confesión sólo la puede rendir aquella persona que tenga la calidad de inculpado.

Bajo las consideraciones antes apuntas, podemos afirmar que una persona a la que se le haya otorgado la calidad de testigo y en su declaración reconoce o se obtiene como resultado de un interrogatorio, el reconocimiento de alguna participación en del delito, en mi opinión, ello no podría considerarse como una confesión obtenida con las formalidades establecidas en la ley, precisamente porque el declarante hace su narración de los hechos en calidad de testigo y no como inculpado, y esto último es uno de los requisitos esenciales para que pudiera tener tal carácter (confesión).

También considero que no obstante que el testigo esté asistido por un abogado en su declaración, no podría darse a su declaración la calidad de confesión, en caso de que reconociera haber tenido algún grado de intervención en el hecho delictuoso, pues si bien en apariencia se pudiera pensar que dado que uno de los requisitos para que surta plenos efectos la confesional, es el relativo a que esté

presente un defensor, lo importante para dilucidar dicha cuestión, es atender a la situación procesal del declarante.

En efecto, en mi concepto, resultaría ilegal considerar como confesión aquella declaración hecha por el declarante en calidad de testigo, sin que haya constancia en el acta de la diligencia, de que se le informó que su condición de testigo cambió a la indiciado y que se le haya dado a conocer las garantías con las que cuenta en esta nueva situación procesal, como lo es el derecho a tener a un defensor y a abstenerse de seguir declarando; entre otros.

En otras palabras, si el Ministerio Público no informa al testigo sobre la modificación de su posición a la de inculcado; quiere decir entonces, que durante toda la diligencia fue declarado como testigo, en cuyo caso –en mi opinión– la aparente confesión que pudiera haber rendido ningún efecto puede producir en contra del testigo, precisamente porque no la realizó bajo la condición de indiciado.

Además de que, en mi criterio, si el testigo está obligado a declarar conforme al artículo 242 del Código de Procedimientos Penales, y no hubiera constancia de que su situación procesal modificó a la de inculcado, resulta por demás evidente que la aparente confesión que pudiera haber vertido fue obtenida de manera ilegal, puesto que si se le hubiera advertido de tal circunstancia, necesariamente se le concedería la oportunidad de ejercer su derecho a no declarar, y bajo esa perspectiva, el Ministerio Público no estaría en condiciones de obligarlo a hacerlo, al prohibirlo expresamente la fracción II, apartado A, de la Constitución.

Sobre el particular tiene relevancia lo que expone el autor Joan Picó I Junoy²⁴⁵, cuando se refiere al derecho a no declarar y a no confesarse culpable contemplados en la Constitución Española, en los siguientes términos:

²⁴⁵ Joan Pico I Junoy *Las Garantías Constitucionales del Proceso* José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997. 151-153 ps.

"...Los derechos a no declarar y a no confesarse culpable se encuentra constitucionalizados en los arts. 17.3 y 24.2 de nuestra Carta Magna así como recogido en los arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos derechos se desarrollan legislativamente por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, dando una nueva redacción al art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

"...Por ello, el órgano judicial debe siempre ilustrar al imputado, o a quien pueda adquirir tal condición, desde el primer acto procesal, sus derechos constitucionales aquí analizados."

"...De igual modo, la declaración contra sí mismo en la que medie engaño debe no ser tenida en cuenta e invalidarse por privarla del carácter de voluntaria que le es esencial."

Como se ve, las ideas del mencionado autor son en el sentido de que debe mediar la información de la autoridad al declarante sobre su condición procesal de inculpado y los derechos que en su favor establece la Constitución Española; así como también es de la opinión, de que si declara contra sí mismo y se advierte que ello se obtuvo con engaño su deposición no debe tener ningún valor por privarla del carácter de voluntaria.

Desde luego lo anterior tiene relación con lo expuesto en el presente apartado, pues ya hemos dicho, resulta fundamental que si el testigo en el transcurso de su declaración reconoce algún grado de participación delictiva, en ese momento la autoridad investigadora debe enterarlo que su situación procesal ha cambiado a la inculpado y debe informarle los derechos que la Carta Magna establece en el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues si no lo hace, no le podría atribuir el carácter de confesión.

3.- Concepto de prueba ilícita y su relación con la inobservancia al derecho de asistencia legal al testigo.

De acuerdo con el artículo 21 de la Constitución General de la República, corresponde al Ministerio Público la persecución del delito y del delincuente, y esta

actividad es la que le da sustento a la averiguación previa, en la que recaba pruebas a fin de cumplir con la encomienda constitucional.

Ahora bien, también es importante decir, que en mi opinión, uno de los fines de buscar pruebas por parte del Representante Social, es precisamente desvirtuar la presunción de inocencia que el inculpaado tiene a su favor hasta que se le dicta sentencia ejecutoria en el juicio.

Por tanto, considero que todos y cada uno de los medios de convicción que el Fiscal recabe en al indagatoria deben cumplir con todas las formalidades establecidas en la ley, pues de no ser así, en mi criterio, esas probanzas no pueden ser consideradas en perjuicio del indiciado; y en consecuencia, no son idóneas para destruir la presunción de inocencia de este último.

En efecto, estimo que no es jurídico que se le de valor a una prueba en perjuicio no sólo del acusado sino también de cualquier otro sujeto que intervenga en la relación procesal, como lo sería el testigo, cuando no fue recabada legalmente por la autoridad investigadora, lo que obviamente la convierte en una probanza ilegal que por ese solo hecho, en mi concepto, no se debe considerar para ningún efecto dada su ilicitud.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Sobre este tema escribe el autor Manuel Miranda Estrampes²⁴⁶, desde el punto de vista del derecho procesal español y que considero importante citar su estudio en este apartado.

“...La dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita; todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibles.

Desde una perspectiva distinta, MONTON REDONDO considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida en

²⁴⁶ Manuel Miranda Estrampes. Op cit 17-19 ps.

forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio “el dolo no aprovecha a la persona que lo comente.”

Otro grupo de autores, partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea de violación de la norma o contrario a Derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales. Dentro de esta concepción amplia, DEVIS ECHANDÍA define las pruebas ilícitas como aquella “que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan.”

Estas definiciones recogidas por Manuel Miranda Estrampes, en mi opinión, bien pueden ser aplicadas al tema de que se trata sobretodo cuando al testigo no se le informa que tiene derecho a nombrar a un abogado para que lo asista en su declaración; o bien, no se le permite ejercer tal privilegio. Otro caso sería aprovechar la calidad de testigo quien en esta situación procesal está obligado a declarar, y que con motivo de ello, se obtenga una declaración a la que posteriormente se le otorgue la calidad de confesión derivada de una autoincriminación.

Estoy de acuerdo con las definiciones dadas por Montón Redondo y Devis Echandía, pues aplicadas al tópico de que se trata, verbi gratia si el Ministerio Público sabe que el declarante tiene la calidad de testigo, en primer lugar, no debe interrogarlo como acusado, pues al hacerlo obra con dolo para conseguir un fin que es el reconocimiento en la participación de un delito; por lo tanto, esa forma de proceder es ilícita y la prueba así obtenida no se le debe conceder valor probatorio alguno, porque viola el artículo 127 bis del CFPP y el artículo 20 constitucional dado que en esas condiciones el declarante -en apariencia- no puede recurrir a la abstención de declarar y guardar silencio (pues ya quedó establecido que sí puede hacerlo); por lo tanto, considero que toda aquella pregunta del Representante Social

que vaya encaminada a descubrir la participación delictiva del testigo son las que se consideran contra la moral y el derecho porque tienden a pasar por alto derechos fundamentales del declarante y por ende, atenta contra la dignidad humana.

Pienso que si el Ministerio Público tiene la sospecha fundada de que el testigo tuvo alguna participación en el delito debe fundar y motivar una resolución en ese sentido y mandarlo citar en calidad de acusado para que éste pueda estar en aptitud de ejercer los derechos que le otorga la Constitución en el artículo 20.

Así las cosas, en mi opinión, si la declaración del testigo fue recabada sin que se le haya informado del derecho que tiene a la asistencia de un abogado en su declaración y como consecuencia de ello, se obtiene sin la presencia de éste; o en su caso, no se le permitió hacer la designación por no contar en ese momento con algún profesional del derecho independiente, lo que no debe ser pretexto, pues como lo dije anteriormente, no existe impedimento procesal alguno para que un defensor oficial realice tales funciones, tal testimonio carecerá de todo valor probatorio; y por ende, no debe ser considerado para ningún efecto legal.

En efecto, el desahogo de una testimonial sin que cumpla con las formalidades antes citadas o alguna otra de las que establece la ley, no puede ser utilizada para destruir la presunción de inocencia del indiciado como tampoco puede ser empleada en perjuicio del propio testigo, en el caso de que se le pretenda exigir responsabilidad derivada de su situación procesal; por ello, considero que ese tipo de probanzas revisten el carácter de ilícitas.

CONCLUSIONES GENERALES

1.- La tortura aplicada en el pasado a los testigos para obtener sus declaraciones y asegurar que éstas fueran verídicas, es un antecedente que justifica la asistencia legal a éste, porque la presencia de un abogado en la diligencia representa una garantía de que sus derechos no serán alterados mediante métodos violentos, psicológicos, etc.

2.- La situación de que es susceptible en la realidad de que el testigo pueda ser considerado al mismo tiempo como indiciado durante su declaración, ya se daba en el procedimiento penal español de 1830, de acuerdo con el estudio hecho por Don Eugenio De Tapia, y que decía lo siguiente:

"21. Cuando la falsedad, contradicciones ó excusas no pedidas al testigo ú otro accidente resultante de su declaración ó de los autos indica su culpa o complicidad en el delito que se inquiere, se hacen preguntas directas e indirectas como si fuese reo; y presumiéndose con fundamento que lo es, se le asegura en prisión, siguiendo la causa con él como con los principales. No solo en este caso, sino en los de ser hombre sin arraigo, o temerse a su larga ausencia á país distante, de modo que despues no pueda ser ratificado, se le tiene en arresto (a costa de quien se proceda), o se le suelta con fianzas (1)".

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

3.- En la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 217 (III), de la citada fecha (10 de diciembre de 1948), se utilizó el concepto de *"toda persona"*, que también se emplea en la descripción del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

4.- Los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, constituyen un antecedente de la asistencia legal a toda persona que

intervenga en los procedimientos penales; y además, garantiza la efectiva función del abogado.

5.- La creación del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se da el 20 de diciembre de 1990, en una época en que la tendencia mundial era la de influir en las Naciones para que adoptaran en sus legislaciones normas que garantizaran el efectivo acceso de toda persona a la asistencia legal como parte también de la protección a los derechos humanos y libertades fundamentales del individuo.

6.- Los artículos 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, constituyen el origen de la indagatoria, pues el primero, se refiere al levantamiento del acta en la que; entre otras cosas, la autoridad investigadora recaba la declaración de la persona que dio noticia de los hechos delictuosos y la de los testigos cuyos dichos sean más importantes; mientras que el segundo, hace referencia a la facultad que tiene el Ministerio Público de citar para que declaren a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos.

7.- Los artículos 122, 127 y 128 del Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, son antecedentes directos de los actuales 124 y 125 del actual Código Federal de Procedimientos Penales, que también fueron motivo de estudio del presente trabajo por remitirnos a ellos el diverso 127 bis del mismo Código.

8.- Uno de los antecedentes históricos relativos a la posibilidad de que el testigo sea asistido durante su declaración, lo constituyen los artículos 212 y 213 del Código de Procedimientos Penales de 1880, los cuales se relacionaban con los diversos 84 y 86 de la misma Ley, y que establecían el derecho de dicho sujeto (testigo) a estar acompañado por un intérprete en caso de que fuera ciego, sordo, mudo o sordomudo, o ignorara el idioma español.

9.- El documento que motivó la creación del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, lo es la iniciativa de ley firmada por el entonces Presidente de la República, licenciado Carlos Salinas de Gortari, presentada al H. Congreso de la Unión, el 11 de noviembre de 1990, cuyo argumento fundamental era establecer mecanismos idóneos para vigorizar el respeto a los Derechos Humanos dentro del Estado de Social de Derecho.

10.- Originalmente la iniciativa presidencial tenía otra redacción a la que actualmente constituye el texto del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, pues dicho documento del Ejecutivo Federal establecía que quien declara tiene derecho a ser asistido por un “defensor” nombrado por él; vocablo que fue sustituido por el de “abogado”, dándole un sentido más amplio a la norma, ya que el Congreso consideró que tal disposición no sólo se refería al indiciado sino a cualquier persona que tuviera que rendir declaración en la averiguación previa, según se desprende de los estudios –referentes al tema de que se trata- que realizó el maestro Sergio García Ramírez, en su obra *“Proceso Penal y Derechos Humanos*

11.- La modificación propuesta por el Congreso quedó plasmada en la actual redacción del artículo 127 bis del CFPP, pues utiliza el término “abogado”, lo que significa que tal norma fue creada con la intención no sólo de establecer la asistencia legal a favor del inculpado sino que por su sentido lato sensu abarca también a otros sujetos como lo son los testigos.

12.- Una persona tendrá el carácter de testigo siempre que tenga conocimiento de los hechos motivo de la investigación, pues por el contrario, si la autoridad advierte que el declarante carece de esa noción, no podrá atribuirle tal calidad (testigo).

13.- El vocablo testigo está íntimamente relacionado con la idea de que el individuo presencié el hecho delictuoso o sabe algo acerca de él, de los objetos materiales del delito; etc.

14.- El denunciante se convierte en órgano de prueba a través de su relato; por lo que, quien denuncia reúne las mismas condiciones de un testigo.

15.- Desde el punto de vista de la ley, testigo es la persona que de cualquier modo tenga conocimiento de la comisión del delito o aparezca tenga datos sobre los mismos.

16.- El concepto de asistencia a que se refiere el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no limita al abogado a permanecer inactivo, ya que el segundo párrafo, del mencionado numeral le concede facultades de impugnar las preguntas que considere "inconducentes" o "contra derecho"; por lo que está relacionada con el derecho general de defensa, dado que es indiscutible que esas acciones (facultad objetar) están íntimamente ligadas con la intención de proteger al declarante.

17.- La definición del autor de esta investigación sobre el concepto de testigo, es la siguiente: Toda persona física ajena a la controversia, que directa o indirectamente tuvo conocimiento de los hechos delictuosos, no sólo respecto a la conducta antijurídica (acción u omisión) de los autores, sino también respecto a sus efectos, de los objetos relacionados con éste y de todo aquello que pudiera estar ligado con el suceso antisocial, siempre y cuando esa noción la haya adquirido personalmente a través de sus sentidos; y que reproduce su experiencia por conducto de su relato a la autoridad investigadora o a la jurisdiccional, según sea el caso, en el que deba expresar las condiciones objetivas de lugar, tiempo y modo de cómo se enteró de tal evento.

18.- La naturaleza jurídica del testigo consiste en que se trata de una fuente de información para la autoridad, ya que sólo de él depende que diga la verdad o falsedad de los hechos que se investigan, o altere sustancialmente la esencia de los mismos. Además es pertinente considerar a la persona que tiene esa calidad como el órgano de prueba que transmite su experiencia a través de su narración, que constituye el testimonio de aquel.

19.- La asistencia legal es la presencia actual de una persona distinta al asistido autorizada por la Ley, que tiene conocimientos de derecho.

20.- La naturaleza jurídica de la asistencia legal participa del derecho general de defensa y al de no declarar contra sí mismo, establecidos en el artículo 20, apartado A, fracciones II y IX, de la Constitución General de Justicia del Estado.

21.- Nuestra postura de que el testigo tiene derecho a ser asistido por un abogado durante su declaración encuentra apoyo en las ideas de los autores Julio Hernández Pliego y Miguel Hector Ponce Ramírez, quienes llegan a la referida conclusión mediante el análisis que realizan del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

22.- La asistencia del abogado al testigo no se concreta solamente a vigilar el interrogatorio del Ministerio Público sino también a exigir que se le respeten las garantías procesales que se contemplan en el Código Federal de Procedimientos Penales, tales como: El derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no declarar cuando tenga parentesco con el inculpado, el derecho a leer su declaración; y en su caso, hacer las correcciones necesarias antes de firmarla, etc.

23.- El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es en todo caso congruente con la situación procesal del testigo porque atendiendo a la naturaleza propia de la prueba testimonial, el declarante deberá manifestar su

información de forma espontánea libre de cualquier factor ajeno a su voluntad que influya en sus respuestas, ya que debe recordarse que tiene la obligación de decir la verdad sobre los hechos que le constan. Por eso estimo, que esta norma no podría ser compatible con la condición de indiciado, porque atenta contra la comunicación que debe prevalecer entre éste y su defensor.

24.- La función del abogado no sólo se concreta a objetar las preguntas del Fiscal sino también a vigilar que la diligencia se desarrolle con la observancia debida a todos y cada uno de los beneficios que prevé la ley a favor del testigo, verbigracia, el derecho a leer el acta y enmendarla antes de firmarla o después de firmada pero antes de retirarse del local, el derecho a abstenerse de declarar cuando está ligado con el inculcado por parentesco o lazos de amor, estrecha amistad, respeto, etc.

25 - Se requiere una reforma al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en el que se adicione la facultad del abogado a vigilar y hacer que la autoridad observe en todo momento los derechos fundamentales y garantías procesales del declarante; por lo que propongo una redacción en los siguientes términos:

“Art 127 bis.- Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él.

El abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si estas son inconducentes o contra derecho. Además tendrá la facultad de exigir se respeten los derechos que la Constitución General de la República establece a favor del declarante, así como las garantías procesales contenidas en la ley secundaria. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido.

26.- El derecho del testigo a nombrar a un abogado que lo asista en su declaración, tiene su origen en los derechos humanos y es inherente a toda persona por el solo hecho de serlo.

27.- La asistencia legal al testigo se encuentra protegida por el artículo 1º de la Constitución General de la República, pues si el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, fue creado sobre la base de fortalecer el respeto a los derechos humanos de las personas y buscar expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales, es obvio que no se puede negar que la reforma al artículo 1º Constitucional viene a plasmar una norma de carácter sustantivo (garantía individual) que se encuentra íntimamente relacionada con estos (derechos humanos).

28.- La asistencia legal al testigo está relacionada con lo establecido en los artículos 1º y 102 de la Constitución General de la República, por tratarse de un derecho que tiene su origen en los derechos humanos; pero cuando de testigo pasa a ser considerado inculcado, la asistencia se extiende a la garantía de defensa; y además, el testigo esta en aptitud de abstenerse de contestar preguntas que lo pudieran incriminar con fundamento en las fracciones II y IX, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna.

29.- El Código de Procedimientos Penales de Estado de Nuevo León también prevé la asistencia legal al testigo en la averiguación previa en su artículo 150.

30.- El Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, también establece la asistencia legal al testigo en su artículo 247.

31.- El Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, es una ley novedosa en cuanto a que le dedica un apartado especial al testigo respecto a su testimonio en el periodo de indagaciones; y así por ejemplo, delimita perfectamente las obligaciones y derechos que tienen dichos sujetos frente a la autoridad investigadora y los límites de actuación de esta última en lo que a dicho punto se refiere; pero lo que resalta sobre todo ello, es la diáfana redacción de los diversos

artículos que lo componen y que no dejan lugar a duda de que el testigo tiene derecho a la asistencia de un abogado en su declaración. -

32.- El artículo 418 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, se relaciona con el diverso 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, porque precisamente el no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable, es uno de los derechos que protege la asistencia legal al testigo, cuando establece que el abogado podrá impugnar las preguntas que se hagan al declarante si éstas son inconducentes o contra derecho, en cuyo supuesto, éste tendría la facultad de abstenerse a contestar la interrogante amparado en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, porque de hacerlo podría resultar perjudicado en su persona, y el Ministerio Público en este caso no podría obligarlo a que diera respuesta.

33.- El artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, acertadamente considera al abogado como el garante de que se cumplan las disposiciones constitucionales, las leyes, los tratados, convenios y acuerdos internacionales suscritos por la República, a que se refiere el diverso 1º, del mismo Ordenamiento Legal, con relación al declarante.

34.- Es necesaria una reforma al artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales de México, pues considero que se debería de incluir que la intervención del abogado es para impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho; y además, para garantizar se cumpla con las garantías individuales que establece la Constitución, así como con las disposiciones de los tratados celebrados por el Presidente con aprobación del Senado de la República y con las leyes emanadas del Congreso de la Unión, en base al Principio de Supremacía Constitucional, previsto en el artículo 133 de la Carta Magna; ya que ello permitiría una eficaz y adecuada asistencia legal a toda persona que tenga que rendir declaración dentro del procedimiento de averiguación previa.

35.- El artículo 79 del Código Procesal Penal de la Nación de Argentina establece como derecho del testigo recibir un trato digno y respetuoso, lo que significa que posee principios relacionados con los derechos humanos, por contener aspectos inherentes al ser humano, que es uno de los objetivos que protege la asistencia legal al testigo desde el punto de vista del derecho procesal mexicano.

36.- El artículo 127 bis, del Código de Procedimientos Penales de México, prevé el supuesto de que el abogado que asista al declarante está en aptitud de impugnar las preguntas que sean inconducentes o contra derecho; esto constituye un punto de referencia con el 418 de LECrim de España, pues al igual que en esta última, protege el derecho del deponente a no auto-incriminarse, pudiendo hacer uso del derecho que le concede la fracción II, del Artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, por la razón de que al ser interrogado sobre una probable participación delictiva, en ese momento pasa de ser testigo a inculcado, y en ese caso, queda amparado por las garantías establecidas para estas personas, en el referida norma constitucional mexicana.

37.- El artículo 10 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, guarda una gran similitud con el contenido del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales de México, al establecer el concepto de "toda persona", lo que implica considerar que estos dos preceptos no se constriñen a un sujeto en específico, como lo sería el indiciado sino que también abarca a los testigos.

38.- El artículo 79 del Código Procesal Penal de Argentina, que establece los derechos de los que goza el testigo al rendir declaración, es razón suficiente para considerar que los legisladores de otros países se han preocupado por la situación procesal del testigo frente a la autoridad.

39.- Del resultado de la actividad del Representante Social en el lugar del hecho delictuoso; es decir, de la obtención de huellas o vestigios, instrumentos u objetos; etc, es posible que se advierta la existencia de personas que presenciaron los hechos o que tuvieron alguna intervención en los mismos, lo que está íntimamente ligado con la función del abogado que asista al testigo, ya que éste debe conocer el origen que motiva la cita de su asistido y ello le permitirá ponderar si las preguntas que le efectúe el Ministerio Público son inconducentes o contra derecho.

40.- En los primeros momentos de la indagatoria es difícil establecer con certeza si se trata de testigos o de indicados, por lo que al Representante Social le resulta indispensable lograr su comparecencia para que ríndan su declaración informativa y conocer su situación procesal, procediendo a hacer la citación respectiva de acuerdo con lo que establece el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales.

41.- La incertidumbre que en muchas de las ocasiones se presenta al inicio de las diligencias de averiguación previa, respecto a la situación procesal de determinada persona; es decir, si es acusado o testigo, es una de las causas que justifican el derecho de toda persona a ser asistida por un abogado en su deposición porque precisamente su condición frente a la autoridad investigadora se conocerá hasta el momento en que declare.

42.- Cuando en la averiguación previa se desconoce la situación procesal de la persona que declara, las preguntas que se le formulen bien pueden ser con relación a lo que sabe sobre la comisión del delito o sobre su probable participación (por acción u omisión) en los hechos; es decir, interrogarlo al mismo tiempo como testigo y como inculpado; y estas son algunas de las causas por las que invariablemente el testigo debe ser asistido por un abogado en su deposición.

43.- La actuación del abogado que asista al declarante en términos de lo que establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, dependerá del contenido de la pregunta, de acuerdo con lo siguiente:

- a) Si lo hace como asistente cuando se le interroga como testigo no podrá provocar ni inducir la respuesta de su asistido.
- b) Actuar como defensor cuando se le pretenda incriminar al testigo porque al suceder esto, el declarante ya está siendo considerado como probable indiciado; luego entonces, puede invocar las garantías que establece la Constitución, como la establecida en el artículo 20, apartado A, fracción II, y abstenerse de responder las preguntas que tiendan a ese fin (incriminatorias).

44.- De acuerdo con los artículos 123 y 124 del CFPP, el Fiscal tiene la obligación de investigar a qué persona o personas les constan los hechos presuntamente delictuosos y al instante en que se obtenga tal información, es cuando legalmente se le puede atribuir a una persona el carácter de testigo, dado que la autoridad investigadora no podrá pasar por alto esa circunstancia y necesariamente tendrá que citarlo para que rinda su declaración.

45.- La cita como tal no le otorga a una persona la calidad (testigo) sino los datos que revelan su probable ubicación en el lugar de los hechos y que fundadamente se estima por parte del Ministerio Público que presencié el suceso delictuoso.

46.- La situación de haber presenciado el hecho delictuoso, es lo que da la pauta para que una persona sea considerado como testigo, ya que en ese momento se convierte en órgano de prueba para la autoridad investigadora a quien le deberá reproducir lo sucedido, por lo que en todo caso, el acto de llamarlo a declarar es sólo

la formalidad para lograr su comparecencia a la averiguación previa, ya que pudiera suceder de que se presente voluntariamente, y ello, de ninguna manera le quita el carácter de testigo.

Lo anterior está relacionado con la asistencia legal al testigo porque el abogado deberá conocer si efectivamente su asistido tiene información sobre los sucesos o no, pues ello le permitirá ponderar las preguntas que se le hagan y determinar si son susceptibles de ser impugnadas conforme lo establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

47.- Una de las personas que tienen que rendir declaración de conformidad con el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, son los testigos; y por esa razón, estos pueden hacer uso del derecho a ser asistidos por un abogado durante su deposición en la averiguación previa, en observancia a lo establecido por el artículo 127 bis del mismo Ordenamiento Legal.

48.- Si el Ministerio Público tiene la facultad de examinar a las personas presentes en el lugar de la inspección, ello sólo puede hacerse con las formalidades establecidas para la prueba testimonial que se contienen en los artículos del 240 al 257, de la Ley Federal Adjetiva Penal, por disposición expresa del 132 del mismo Ordenamiento Legal.

49.- Desde los primeros momentos de la indagatoria, los testigos tienen el derecho a estar asistidos por un abogado conforme al artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, porque si el numeral 124 en comentario se refiere también a la descripción de lo que haya sido objeto de la inspección ocular, obviamente en ello cabe también, el examen que puede hacer el Ministerio Público de las personas que hayan sido localizadas en el sitio en el que se cometió el delito, en atención a lo preve el artículo 210 del Código Federal de Procedimientos Penales.

50.- Si el Ministerio Público recabara declaraciones de testigos sin la presencia de un letrado en derecho a que se refiere el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, estarían afectadas de nulidad.

51.- El lugar de los hechos establece en la mayoría de los casos la calidad de testigo y que en realidad es lo que hace que a una persona se le pueda atribuir tal carácter.

52.- Cuando las partes soliciten la declaración de algún testigo siempre se deberá manifestar cual es la relación que tiene con los hechos que se investigan, pues ello le permitirá al Representante Social valorar si efectivamente tiene esa calidad y si es indispensable su declaración, pues considerarlo de otra manera, se propiciaría la práctica de dejar al arbitrio de las partes atribuirle a una persona el carácter de testigos con la sola manifestación de indicarlo como tal, lo que no es correcto, ya que la calidad de testigo la otorga su ubicación respecto al hecho delictuoso.

53.- El hecho de que la calidad de testigo se deduzca de las circunstancias del hecho delictuoso, representa una garantía de seguridad jurídica para la persona a quien se pretende atribuirle tal carácter, ya que antes de que se le llame a declarar, la autoridad deberá cerciorarse de que efectivamente de los hechos que se investigan se deriva su posible conocimiento de los mismos o de alguna circunstancia relacionada con aquellos, lo que también es parte de una adecuada asistencia legal, puesto que el abogado se deberá cerciorar de que su asistido se le mandó llamar fundadamente.

54.- La denuncia y la querrela son fuente de información para establecer la calidad de testigo, pues aunque la ley no exige que se mencionen –como sucede en materia procesal civil- lo cierto es, que en la mayoría de las ocasiones de dicha actuación (denuncia o querrela), se desprenden nombres y domicilios de testigos que

presenciaron la comisión del delito y que tienen algún dato relacionado con éste; por lo que esto le puede generar a una persona determinada la obligación de comparecer a declarar como testigo; situación que también debe ser analizada por el abogado que lo asista para confirmar si efectivamente existe algún dato en tales promociones relacionado con el declarante que indique tener la calidad de testigo.

55.- Las huellas o los vestigios, instrumentos y cosas objeto del delito, son otra de las fuentes de información de las que se puede derivar la condición de testigo o de indiciado, pues es factible que suceda que uno de esos elementos reporte el nombre, domicilio o características físicas de una persona que se presume tiene conocimiento de la comisión del injusto, lo que implicaría considerarlo como presunto participe o testigo, en su caso.

56.- Los informes de la policía son también fuentes que revelan la calidad de testigo, pues en ellos también se puede informar sobre la existencia de testigos en el lugar de los acontecimientos o del nombre y domicilio de los que no fueron encontrados, pero se presume tienen algún dato sobre los mismos; por tanto, también el abogado que asista al testigo debe verificar este tipo de documentos a fin de establecer si en estos existe algún dato relacionado con su asistido y que conduzca a otorgarle el carácter de testigo.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

57.- El artículo 125 del CFPP, le da facultad al Ministerio Público para examinar a los testigos en la averiguación previa, a fin de cumplir con el objetivo de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y esto lo puede hacer desde los primeros momentos de la investigación, incluso en lugar mismo de los hechos, de acuerdo con lo que disponen los artículos 123 y 124 del mismo Código.

58.- La Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal de Investigadora) sí está facultada para recabar las declaraciones de testigos en auxilio del Ministerio Público,

pero con previa instrucción por escrito de este último, en atención a lo que dispone la citada fracción II, del artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales; y además en lo previsto en el diverso 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

59.- La Policía Federal Investigadora está facultada para realizar la inspección a que se refiere el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales porque se trata de reglas especiales que norman el trámite de la averiguación previa y que constituyen excepción a la regla general de que sólo Agente del Ministerio Público tiene la facultad de recabarla.

60.- No obstante que el artículo 208 del CFPP, establezca que la inspección invariablemente debe ser practicada con la asistencia del Ministerio Público, so pena de declararse nula; esto no tiene aplicación en el trámite de la indagatoria, puesto que la inspección a que se refieren los artículos 123 y 124 del Código Federal Adjetivo Penal, son reglas especiales; y ello elimina la posibilidad de que se consideren nulas.

61.- Los órganos auxiliares del Ministerio Público Federal deben poner en conocimiento de éste, la comisión del delito, de forma inmediata, para que éste disponga cuáles son las diligencias que se deberán recabar en auxilio de dicha Institución, pero en todo caso, deberá mediar la instrucción expresa del Representante Social.

62.- El Ministerio Público podrá citar a una persona para que declare siempre y cuando haya participado en los hechos que se investigan o aparezca tenga datos sobre los mismos; en otras palabras, si de las constancias del expediente no se desprende ninguna de las anteriores hipótesis no existe motivo ni razón legal para llamar a comparecer alguien con el carácter de testigo o de indiciado.

63.- Si alguna de las partes solicita la declaración de un testigo el Ministerio Público no podrá dejar de examinarlo de conformidad con el artículo 240 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que se convierte prácticamente en una obligación para la autoridad investigadora; sin embargo, el que pretenda pedir que una determinada persona comparezca a rendir declaración deberá exponer cuál es el motivo por el cual considera que debe citarse; es decir, porque tiene la calidad de testigo y cuál es la relación de causalidad con el hecho que se investiga; dado que de no hacerse así, se estaría dejando al arbitrio de la partes la calificación respecto a si determinada persona tiene en realidad la calidad de testigo o no.

64.- El abogado que asista al testigo debe cerciorarse de que esté justificado legalmente el motivo de la cita, atendiendo al principio de que toda actuación de la autoridad deba estar fundada y motivada, pues de lo contrario, implicaría un ilegal acto de molestia para el sujeto que se pretende llamar a declarar, prohibido por el artículo 16 de la Constitución General de la República.

65.- La única forma de examinar al testigo en la fase indagatoria, es mediante el interrogatorio consistente en la pregunta que haga la autoridad investigadora y la respuesta dada por el interrogado, pues sólo así, se podría dar cumplimiento al artículo 127 bis del Código Federal de procedimientos Penales.

66.- Si el testigo declara mediante el método del relato libre, ello haría nugatorio su derecho a la asistencia del abogado, pues éste no tendría la oportunidad de conocer la intención del Ministerio Público sobre lo que en específico pretende saber del testigo; y por ende, objetar en su caso las preguntas que a su juicio sean inconducentes o contra derecho, de acuerdo con lo que establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

67.- Es función del abogado que asista al testigo en su declaración exigir al Ministerio Público que interroge al testigo mediante las preguntas que él considere

necesarias en observancia al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, para que de esta manera se evite que el testigo pueda incurrir en alguna omisión que posteriormente le podría generar consecuencia respecto a su persona como lo sería ser considerado responsable del delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, a que se refiere el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal; o incluso autoincriminarse lo que le provocaría pasar de testigo a inculcado en su propia declaración.

68 - Es función del abogado que asista al testigo, exigir con fundamento en el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que el Agente del Ministerio Público asiente al finalizar el acta en la que consta la declaración de su asistido lo siguiente. *“Que es todo lo que tiene que interrogar el Ministerio Público”*; y así de esta manera si en un momento dado se considerara que al testigo no se le interrogó sobre algún aspecto determinado, en todo caso, se le cite nuevamente para que aclare dicho punto, pero de ninguna manera se le podrá imputar que dolosamente ocultó información porque ello se descarta al haber estado sometido al cuestionamiento de la autoridad investigadora, quien se supone lo examinó en forma completa y es la que tiene interés en conocer la información que posee el testigo como órgano de prueba.

69.- Todas aquellas preguntas que le pretenda hacer la autoridad investigadora al testigo deben ser sobre hechos ajenos a su persona; es decir, no propios.

70.- El interrogatorio conducente y legal que el testigo está obligado al responder es aquel que realiza el Ministerio Público en el sentido de que refiera hechos desligados de su persona; por tanto, este tipo de preguntas no podrán ser materia de una impugnación por parte del abogado que lo asista en su declaración argumentando la aplicación del artículo 127 bis del CFPP.

71.- El foro de abogados debemos pugnar por encontrar el punto de equilibrio entre conseguir una adecuada investigación del delito y del delincuente; pero además también y en forma simultánea, el respeto a las garantías individuales de los gobernados.

72.- Las facultades que tiene el Ministerio Público Federal y sus auxiliares con relación al testigo en el caso de la comisión de un delito de oficio, es la de obrar inmediatamente que tenga conocimiento de su perpetración, en el sentido de indagar qué personas tienen ese carácter y proceder a recabar su declaración a través del interrogatorio respectivo, por lo que, de este momento de la investigación opera el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; es decir, el testigo tiene el derecho a nombrar un abogado para que lo asista en su declaración, ya que desde entonces, será objeto de preguntas por parte de la autoridad investigadora; y en esas condiciones, el experto en leyes podrá impugnar aquellas que considere inconducentes o contra derecho.

73.- El hecho de estar de por medio el interés social de que se persigan y castiguen ciertos tipos de conductas antijurídicas; ello no es obstáculo para que se respeten las garantías individuales y procesales que la Constitución o las leyes secundarias establezcan a favor de las personas que tengan que comparecer ante la autoridad investigadora, como testigos.

74.- La celeridad con que debe desahogarse la averiguación previa, no es motivo para coartar el derecho del testigo a ser asistido por un abogado durante su declaración, ya que es de explorada justicia que siempre habrá disponible un defensor público proporcionado por el Estado.

75.- No existe impedimento legal para que al testigo haga la designación de un abogado oficial para que lo asista en su deposición de acuerdo con lo que dispone el numeral 127 bis del CFPP, salvo que sea su voluntad no hacerlo, de lo que deberá

quedar constancia en el acta de su declaración, dado que el artículo en comentario, no exige que tenga que ser un abogado particular el que acompañe al declarante.

76.- Mientras no se presentó la querrela o se satisfaga el requisito de procedibilidad que exige la Ley en sus artículos 113 y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, el Ministerio Público no podrá proceder a indagar qué personas fueron testigos del hechos, como también estará impedido para citarlos y recabar su declaración; por lo tanto, en el eventual caso de que se obtuvieran las anteriores diligencias, estarían afectadas de nulidad porque se llevaron a cabo sin haber sido presentada la querrela que se requiere para el inicio de las actuaciones de averiguación previa, en atención a lo establecido por el artículo 27 bis del CFPP.

77.- Es parte fundamental de la asistencia legal al testigo, el hecho de que el abogado advierta si la investigación se realiza en base a un delito que se persigue de oficio o instancia de parte, porque si se diera el caso de el Ministerio Público está actuando respecto a hechos delictuosos de los cuales se requiere la querrela y ésta no ha sido presentada, el interrogatorio que se pretenda hacer a su asistido tendría el carácter de ser contra derecho, puesto que esa actividad del Representante Social está fuera del marco de la ley, al estar investigando sin haberse colmado previamente el requisito de procedibilidad mencionado, en términos de lo que disponen los artículos 113 y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales.

78.- Es un derecho del testigo no firmar el acta que contiene su declaración cuando ésta no se levanta de acuerdo con las formalidades legales.

79.- Se deberá asentar también por parte de la autoridad investigadora que el testigo leyó el acta y hace la enmienda de una manera espontánea; es decir, sin que haya sido asesorado por el abogado que lo asiste o por cualquier otro motivo, pues debemos recordar que ningún factor podrá incidir en las respuestas dadas por el declarante, conforme al propio artículo 127 bis del CFPP.

80.- El Ministerio Público es autoridad responsable para los efectos del juicio de garantías, en la fase de averiguación previa, porque sus actos son susceptibles de violar garantías.

81.- El testigo es un tercero extraño a la controversia, porque en esencia declara sobre hechos ajenos y no propios, pero no por esa situación procesal queda inerte ante los actos de la autoridad que lo ha requerido, pues en su calidad de gobernado y de sujeto susceptible de que sean vulneradas sus garantías individuales, está en aptitud de recurrir al juicio de amparo para combatir la resolución que ordena el medio de apremio en su contra, ya sea porque la considere inconstitucional; o bien, por cuestiones de forma.

82.- Los testigos pueden acudir ante la Justicia Federal a demandar el amparo en contra de actos del Representante Social cuando se trate de la aplicación inminente de alguno de los medios de apremio.

83.- Es necesario que el testigo le pruebe al Agente del Ministerio Público el estado de enfermedad que padece, la que no puede ser cualquiera, ya que en todo caso, deberá ser alguna que le impida el traslado a la oficina del Fiscal; o bien, alguna otra imposibilidad física que igualmente no le deja acudir ante la presencia del Representante Social.

84.- Un derecho del testigo es precisamente que se le cite con 48 horas de anticipación cuando menos al señalado para la diligencia, de acuerdo con el artículo 103 del Código Federal de Procedimientos Penales.

85.- El derecho del testigo a que se le notifique de la cita para la diligencia con cuarenta y ocho horas de anticipación, no puede ser alegado en los casos en que la indagatoria se está integrando con detenido (flagrancia) o en situaciones urgentes a

que se refieren los artículos 16 Constitucional y 194 bis del CFPP, porque en estos supuestos se está en presencia de una excepción y prevalece la garantía de la persona privada de la libertad consistente en que se le debe resolver su situación en el perentorio plazo de cuarenta y ocho horas.

86.- Es un derecho del testigo saber qué persona fue la que lo mencionó con ese carácter o el motivo por el cual se le manda llamar por parte del Ministerio Público Federal o alguno de sus órganos auxiliares, de acuerdo con lo que previene el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales.

87.- El Ministerio Público debe dejar constancia en el acta de que le hizo saber al testigo que tiene derecho a dictar o escribir su declaración y si no es su deseo hacerlo de esta manera, necesariamente corresponde al Representante Social hacer el interrogatorio respectivo, pues el relato o dictado de la deposición sólo sería válido si el testigo lo autoriza.

88.- Es un derecho del testigo que sea el Fiscal quien lo interroga porque ello le permite conocer qué tipo de preguntas le pretende hacer el Representante Social sobre los hechos que investiga; y desde luego, darse cuenta si tales interrogantes son inconducentes o contra derecho, conforme lo establece el artículo 127 bis del CFPP.

89.- Es una garantía procesal del testigo, que las preguntas que se le formulen guarden relación con los hechos que se investigan; es decir, no se le podrá cuestionar sobre aspectos que estén fuera de lo que constituye el historial del hecho ilícito y de la persona del delincuente, según el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales.

90.- Una de las formas de poder estar en aptitud de saber cuándo las preguntas son inconducentes o contra derecho, es atendiendo a la situación procesal

del testigo, pues a éste sólo se le deberá interrogar respecto a hechos ajenos desligados de su persona, pero cuando se le pretende cuestionar sobre actos propios para descubrir si tuvo alguna participación en la comisión delictiva, esas preguntas son inconducentes o contra derecho porque no son idóneas a la calidad de testigo que tiene el declarante.

91.- Es parte de la asistencia legal advertir si el testigo se encuentra en la excepción a la regla general de declarar siempre y cuando se encuentre en alguno de los supuestos normativos señalados en el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales.

92.- En caso de que el testigo sea ciego, debe ser él quien haga la designación de una persona –de preferencia de confianza- que lo asista en su deposición y no la autoridad investigadora; y si no lo hace, pues entonces sí, el Agente del Ministerio Público, deberá hacer tal nombramiento; lo que implica proponer una reforma al último párrafo, del artículo 249 del Código Federal de Procedimientos Civiles, para quedar como sigue:

“En el caso de la fracción I, se informará al testigo que tiene derecho a estar acompañado por una persona designada por él, para que le confirme el contenido de su declaración, y para que una vez ratificada por el declarante, la firme en sustitución de este último. En caso, de que el testigo no designe a persona alguna, lo hará en su lugar, el funcionario que practique la diligencia.”

93.- Los testigos que tengan menos de dieciocho años, no se les apercibe de la imposición de las penas que establece el Código Penal para los efectos del ilícito de falsedad, porque en el momento en que rinden su declaración jamás podrán cometer tal ilícito, dada su minoría de edad; y que por esa razón, no se da uno de los elementos esenciales del delito, como lo es, la imputabilidad.

94.- El derecho del testigo a consultar notas o documentos durante su declaración está condicionada a la apreciación de la autoridad investigadora cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto.

95.- Corresponde al testigo solicitar en la diligencia que requiere de auxiliarse de algunas notas o documentos que trae consigo para precisar algún dato relacionado con el hecho delictuoso o con la persona del probable inculpado.

96.- De acuerdo con el artículo 250 del Código Federal de Procedimientos Penales, se usaran hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo; por tanto, la autoridad investigadora debe procurar que se asienten todas las expresiones del declarante tal y como éste las haya dicho, porque ello es importante para la posterior valoración del testimonio rendido.

97.- La única defensa que tiene el testigo frente a las apreciaciones de que su deposición es sospechosa de falta de veracidad, es ejerciendo adecuadamente el derecho que tiene de leer el acta y hacer en el acto las aclaraciones necesarias, rectificaciones o modificaciones a la misma.

98.- De todos los derechos señalados anteriormente (contenidos en el capítulo X de esta investigación), debe ser informado el testigo por el abogado que lo vaya asistir en su declaración como parte de una adecuada asistencia legal conforme al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, porque si bien este numeral tiene aplicación en el acto de la declaración, nada impide que antes de ello, el letrado pueda asesorarlo sobre los mismos, porque además, tal información se refiere a aspectos de índole procesal que definitivamente no puede considerarse como una asesoría tendente a influir en el testimonio del testigo, mismo que debe quedar incólume para que sea espontáneo al rendirlo ante la autoridad investigadora.

99.- Es obligación del testigo presentarse a declarar respecto a los hechos que se investigan por el Agente del Ministerio Público Federal, según lo establece el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales.

100.- Es importante la asistencia legal al testigo porque el abogado no sólo está en aptitud de asistirlo en su declaración sino también de vigilar que se respeten todos los derechos que le confiere la ley; además de explicarle que puede hacerse acreedor a sanciones privativas de libertad, en caso de que no comparezca; lo que significa que en todo caso, lejos de que se considere que el experto en leyes manipule la conducta del testigo debe confiarse en su ética profesional de que recomendará a su cliente obrar en el sentido que marca la ley; es decir, que acuda a rendir testimonio sabedor de que tiene garantías procesales que lo protegen de no incurrir en alguna ilegalidad, como lo es el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

101.- Si el testigo es la persona tercera extraña a la controversia que posee información sobre el hecho delictuoso; y que en razón de ello, relata acontecimientos ajenos desligados de su persona; luego entonces, mientras las interrogantes sean en ese tenor, dicho sujeto tendrá la obligación ineludible de contestar lo que se le pregunta porque ésta es idónea a su condición de testigo.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

102.- Si la pregunta va encaminada a interrogarlo sobre hechos propios para descubrir su probable intervención -por acción u omisión-, en la secuela delictiva; entonces surge un cambio de condiciones en cuanto a su situación procesal de testigo, ya que en ese sentido el Ministerio Público está considerando que tiene algún grado de participación en el delito; por lo tanto, está siendo tratado como indiciado, en cuyo caso puede negarse a responder amparado en la garantía individual que establece la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la Republica, puesto que podría incriminarle.

103.- Es indispensable que la autoridad investigadora cumpla con el requisito de hacerle saber de las penas en que podría incurrir y de que el testigo rinda la protesta de ley respectiva, pues de no existir constancia de ello en el acta correspondiente se correría el riesgo de que tal conducta no fuera sancionada con una sentencia condenatoria al no haberse observado tal formalidad.

104.- El acto de rendir la protesta de decir la verdad, es la condición legal para que el testigo pudiera ser acusado de falsedad, ya que de no darse ésta no podría estimarse que el declarante ha faltado a la verdad, que es uno de los elementos constitutivos del delito de falsedad que contiene el artículo 247, fracción I, del Código Penal Federal.

105.- El Ministerio Público carece de la facultad de imponer alguna corrección disciplinaria, pues el artículo 33 del Código Federal de Procedimientos Penales, sólo alude a los "tribunales"; es decir, a la autoridad judicial representada por el Juez o por el Magistrado, en su caso.

106.- El testigo no podrá ser objeto de corrección disciplinaria alguna en la fase de averiguación previa porque el Agente del Ministerio Público no tiene facultades para aplicarla; y si en un momento dado se le pretende ejecutar, ese acto sería a todas luces inconstitucional por ser violatorio de los artículos 14 y 16 de la Carta Magna.

107.- Previo al dictado de cualquier medida de apremio en contra de alguna persona, el Ministerio Público deberá cerciorarse de que se cumplieron las formalidades establecidas en el capítulo IX, del Código Federal de Procedimientos Penales, que se denomina "CITACIONES" y que abarca del artículo 73 a 85, pues de lo contrario resultaría violatorio de garantías.

108.- La obligación del testigo de comparecer ante la autoridad investigadora es ineludible aun en el caso de que se encuentre en alguno de los supuestos de excepción al deber de rendir declaración que establece el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues si dejara de hacerlo alegando estar amparado por dicha disposición legal, podría hacerse acreedor a una medida de apremio, puesto que necesariamente lo tendría que hacer en presencia del Representante Social para que éste estuviera en aptitud de verificar su vínculo con el inculpado.

109.- Cuando el testigo alega encontrarse en alguno de los supuestos del artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece la excepción al deber de rendir declaración, el Ministerio Público no debe de exigir una probanza tan rigurosa tomando en cuenta precisamente que el amor, cariño, respeto y la estrecha amistad, son cuestiones meramente subjetivas relacionadas con los sentimientos de cada persona; y por supuesto, el conocimiento de ello sólo lo tiene el individuo que lo externa, y en todo caso, lo que debe quedar probado es la relación entre el testigo y el inculpado, que puede ser demostrada por cualquier medio de convicción de los que establece la Ley de la Materia.

110.- Los medios de apremio están contemplados como elemento constitutivo del tipo penal de desobediencia y resistencia de particulares a que se refieren los artículos 179, 182 y 183 del Código Penal Federal.

111.- La asistencia legal al testigo durante su declaración en la averiguación es de suma importancia porque puede ser apremiado en ese momento para que conteste lo que se le pregunta; lo que significa que el abogado deberá estar muy pendiente de impugnar los cuestionamientos del Agente del Ministerio Público que considere inconducentes o contra derecho y solicitar que quede asentada dicha objeción.

112.- La situación procesal del testigo es delicada y de ahí la necesidad de una adecuada asistencia legal, tomando en cuenta que ello le puede generar la aplicación de medidas de apremio, como la multa, el uso de la fuerza pública y el arresto hasta por treinta y seis horas, de acuerdo con el texto del artículo 44 del CFPP; pero no solo está expuesto a esto último, sino que una vez agotadas las medidas indicadas y no se ha logrado su comparecencia, o bien, se ha negado a rendir protesta de decir verdad; y en su caso, se niega a declarar, lo puede llevar a incurrir en el delito de desobediencia y resistencia de particulares, que está contemplado en el Título Sexto, relativo a los delitos contra la autoridad, capítulo I, del Código Penal Federal, en sus artículos 179, 182 y 183.

113.- El delito de desobediencia a que se refiere el numeral 179 del Código Penal Federal, se comete por la negativa de la persona a comparecer ante la autoridad judicial o administrativa a rendir su declaración, siempre y cuando se hayan agotado los medios de apremio que prevé, en su caso, la ley que regula el procedimiento en el que se requiere la comparecencia del testigo y que éste no haya justificado una excusa que le impida acudir a exponer su conocimiento sobre los hechos delictuosos.

114.- La conducta principal del ilícito de desobediencia y resistencia de particulares a que alude el artículo 182 del Código Penal Federal, es la reincidencia en la negativa dolosa a rendir la protesta de ley o a declarar en el acto de la diligencia, sin que le favorezca alguna de las excepciones al deber de hacerlo.

115.- Algunas de las excepciones al deber de declarar establecidas en el CPF son las causas de justificación que se establecen en el artículo 400, que tipifica el delito de encubrimiento,

116.- En lo que se refiere a las excepciones al deber de declarar que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, es evidente que en este caso, operan los supuestos del artículo 243 del mismo Ordenamiento Legal.

117.- La simple negativa a declarar o rendir protesta; es decir, por una sola ocasión sólo tendría como consecuencia la imposición de una multa; pero si es por dos o más ocasiones (reincidencia), entonces, procede imponer la pena de prisión de uno a seis meses o de treinta a noventa días multa, como sanción alternativa.

118.- El contenido del artículo 182 del Código Penal Federal, reúne las características de una falta administrativa y de un delito a la vez, pues la simple negativa a declarar o rendir protesta sólo tiene como sanción la imposición de una multa y para que ésta sea punible requiere que el obligado a declarar reincida en su postura de no deponer, para lo que se establece una pena alternativa; es decir, una de prisión o multa.

119.- El delito de desobediencia y resistencia de particulares a que alude el artículo 182 del Código Penal Federal, sólo puede cometerse ante la autoridad judicial, pues en la redacción del tipo penal en comentario, se advierte *“El que debiendo ser examinado en juicio...”*, lo que significa que esa conducta sólo podría ser antijurídica si se da durante el juicio ante el Juez o Magistrado, que son los Funcionarios Públicos que representan a la autoridad judicial en el procedimiento penal.

120.- El ilícito de desobediencia y resistencia de particulares a que alude el artículo 182 del Código Penal Federal, no se podría configurar en la averiguación previa porque ésta es solo uno de los procedimientos que se contemplan en el Código de Procedimientos Penales, pero que definitivamente no conforma el juicio propiamente; lo anterior en atención a lo establecido en el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales.

121.- El delito de desobediencia a que se refiere el artículo 182 del Código Federal Adjetivo no puede configurarse en el trámite de la averiguación previa porque el tipo exige que sea en el etapa del juicio; luego entonces, el testigo que tenga que rendir declaración en la indagatoria no podría ser sujeto activo del ilícito en comentario, cuando se negara a rendir la protesta de ley o a declarar, porque ello sólo sería punible cuando se comete durante dicho estadio procesal (juicio) ante el Juez de Distrito atendiendo al principio de exacta aplicación de la ley, que debe prevalecer en materia penal.

122.- La fracción I, del artículo 247 del Código Penal Federal, es la hipótesis normativa que se configura en la etapa de averiguación previa, al establecer "*Al que interrogado por la autoridad pública distinta de la judicial...*", pues esto quiere decir, que al ser interrogado el testigo por el Ministerio Público, que es una autoridad pública distinta de la judicial, es susceptible de cometer el ilícito mencionado, al faltar a su deber de decir la verdad.

123.- La fracción I, del artículo 247 del CFPP, está relacionada con el diverso 255 del mismo Ordenamiento Legal, que establece la posibilidad real de que el testigo pueda ser detenido bajo la figura de la flagrancia en el preciso momento de su declaración, siempre que sea manifiesta la comisión del delito de falsedad.

124.- El artículo 255 del Código Federal de Procedimientos Penales, puede ser aplicado por el Representante Social en la integración de la averiguación previa, por disposición expresa del diverso 132 del Código Federal Adjetivo Penal, por encontrarse inmerso en el Título Sexto de dicho Ordenamiento Legal.

125.- Uno de los fines de la asistencia legal al testigo establecida en el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es precisamente informar al testigo de los derechos y garantías procesales con las que cuenta, así como de todos y cada uno de sus deberes que tiene frente a la autoridad investigadora; y por

ende, de las consecuencias a las que se vería expuesto en caso de incumplimiento, como lo que establece el artículo 255 de la mencionada Ley Adjetiva (falsedad), a fin de evitar que se vea perjudicado en su persona e incluso en su libertad.

126.- El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no se refiere a un sujeto en específico sino que emplea el término "Toda persona"; es decir, es una redacción lato sensu, que nos da la idea de ser completa, total, íntegra, absoluta y entera; por lo que no sólo se refiere al inculcado sino también al testigo, cuyo sustento de tal aseveración la encontramos precisamente en los diversos 123, 124 y 125 del CFPP.

127.- Todo aquel individuo capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones y que se encuentre comprendido dentro de los supuestos de los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, es titular del derecho a la asistencia de un abogado en su declaración que establece el numeral 127 bis del mismo Ordenamiento Legal, en el trámite de la indagatoria.

128.- Los numerales 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen el procedimiento que constituye la averiguación previa a que se refiere el artículo 1º, fracción I, de igual Ley, a fin de que el Representante Social resuelva si ejercita o no la acción penal.

129.- El artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, es una regla especial para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa, por estar inmersa en el citado Título Segundo, capítulo II, del Código Federal de Procedimientos Penales; luego entonces, la referida disposición legal sólo tiene aplicación en la fase indagatoria.

130.- De acuerdo con el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, debe ser el testigo quien nombre al abogado que habrá de asistirlo en su

deposición; es decir, el numeral en comentario no establece la posibilidad de que el Ministerio Público o sus auxiliares tengan la obligación de designarle uno, en el caso de que el declarante no quiera hacerlo o no lo pueda hacer en ese momento.

131.- Es obligación de la autoridad investigadora informar al testigo que cuenta con el derecho a ser asistido por un abogado y que lo puede ejercer en el acto de su declaración y dependerá de este último efectuar la designación respectiva o abstenerse de hacerlo.

132.- No existe impedimento alguno para que el nombramiento del letrado pueda recaer en el llamado "defensor público" para que asista el testigo.

133.- El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, ciñe la función de asistencia única y exclusivamente a un profesional del derecho designado por el declarante.

134.- Solamente un abogado podría llevar a cabo la función de asistencia al testigo en su deposición ante el Ministerio Público, de acuerdo con el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales.

135.- El hecho de que únicamente un profesional del derecho es el que puede realizar la función de asistencia al declarante conforme al artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no encaja en la situación procesal del acusado, toda vez que como bien se advierte de la fracción IX, apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, este sujeto bien puede defenderse por sí, por abogado o persona de su confianza, y en caso de que no desee hacerlo o no pueda designarlo, el Representante Social le nombrará a uno de los defensores públicos u oficiales. El mismo trámite se preve en el inciso b), fracción III, del diverso 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

136.- El artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no puede tener el carácter de inconstitucional con relación al inculpado porque su situación procesal no depende exclusivamente de dicho numeral sino que cuenta con las garantías constitucionales establecidas en las fracciones II, IX y el último párrafo de la fracción X, apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, mismas que no pueden dejar de observarse por el Ministerio Público en el trámite de la indagatoria.

137.- La intención del legislador al crear el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no era referirse exclusivamente al indiciado porque en realidad para éste existe una regla especial que es el artículo 128 del mismo Ordenamiento Legal, que le permite defenderse por sí mismo, por abogado o persona de confianza; sino que constituyó una verdadera garantía procesal para toda aquella persona que tuviera que rendir declaración en la averiguación previa -entre los que se encuentra el testigo- de concederles la posibilidad de que sean asistidas por un abogado.

138.- La reforma a la fracción X, del artículo 20 de la Carta Magna, despejó cualquier problemática que en la práctica se pudiera presentar con motivo de la aplicación del artículo 127 bis del CFPP, en relación con la situación procesal del inculpado, ya que en todo caso, la disposición que se tiene que observar desde aquella fecha, es la de la norma suprema mencionada.

139.- El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, ha quedado incólume hasta nuestros días, lo que significa que en la actualidad, dada la existencia de la amplia garantía de defensa del inculpado en la averiguación previa, el precepto en estudio (art. 127 bis del CFPP) ha dejado de tener aplicación para este sujeto; y en razón de ello, no puede considerarse que sea inconstitucional.

140.- El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es afín a la situación procesal de personas distintas al indiciado, como lo es el testigo,

porque el hecho de que el Ministerio Público no le designe a un abogado para que lo asista en su declaración, en el supuesto de que el declarante (testigo) no desee hacerlo o no pueda, no infringiría ninguna disposición del Pacto Federal; lo que quiere decir, que la declaración del testigo puede ser recabada sin la presencia de un letrado siempre y cuando exista constancia de que se le hizo saber tal derecho; lo que no podría suceder respecto de los inculpados, ya que aquí invariablemente debiera estar presente un defensor particular u oficial.

141.- En el caso de los testigo también es factible la prohibición al abogado de inducir o provocar la respuesta de su asistido, porque éste tiene la obligación de decir la verdad sobre los hechos que se investigan; es decir, la deposición sobre el aspecto histórico del suceso no puede ser manipulada ni alterada por ningún factor externo a la voluntad de quien declara; de ahí que, el experto en leyes sólo pueda impugnar las preguntas que se le formulan porque efectivamente pudieran tener el carácter de ser inconducentes o contrarias al derecho.

142.- En la práctica sucede que el Ministerio Público formula preguntas al testigo con la intención de descubrir su probable participación en el hecho delictuoso (acción u omisión), en cuyo evento en ese momento adquiere la calidad de indiciado y está en aptitud legal de ejercer el derecho que le concede la fracción II, apartado A, de la Constitución General de la República; y por ende, abstenerse de responder dicha interrogante por iniciativa propia o por recomendación del abogado que lo asiste, ya que igualmente por la circunstancia que se presenta está en condiciones de actuar como defensor en términos de lo que dispone la fracción IX, del mencionado precepto constitucional.

143.- La prohibición de inducir o producir la respuesta de su asistido sólo opera cuando al declarante se le trata con la calidad de testigo, es decir, cuando se le hacen preguntas sobre hechos ajenos desligados de su persona que es la esencia

del órgano de prueba (testigo) informar lo que sabe acerca del acontecimiento que se investiga.

144.- Cuando se le considera al testigo con algún grado de responsabilidad en la comisión del delito, ese veto que impone el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, de comunicarse con su asistido, deja de tener efectos, porque la autoridad investigadora no podrá exigir su cumplimiento cuando el compareciente pueda inculparse al dar respuesta al cuestionamiento que se le formula; por lo que, legalmente puede abstenerse de hacerlo dado que estaría ante una causa de justificación derivada de la garantía constitucional establecida en la fracción II, apartado A, de la Carta Magna.

145.- Una "pregunta inconducente", es aquella interrogante que no conduce a un fin determinado y tiene su fundamento en el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales.

146.- Una pregunta inconducente es aquella interrogante que no guarde relación con los acontecimientos que se indagan, porque no conduce al fin de conocer la información que el testigo tiene sobre la comisión del delito.

147.- Si el Ministerio Público le formula una pregunta con esas características (no vinculada con los hechos) surge el derecho del testigo a que su abogado impugné tal cuestionamiento, de acuerdo con el segundo párrafo, del artículo 127 bis del CFPP; y desde luego, no está obligado a responderla precisamente por no estar relacionada con los presuntos sucesos ilícitos; por tanto, sería ilegal que el Representante Social a pesar de la objeción del letrado persistiera en su postura de formularla y que sea contestada.

148.- Una pregunta "contra derecho", es la interrogante que se opone a las normas jurídicas que regulan el caso de donde deriva.

149.- Una pregunta "contra derecho", es aquella que se formula al declarante bajo la calidad de testigo, en el sentido de descubrir su probable participación en la comisión del delito, dado que ese tipo de cuestionamientos sólo puede hacerse a quien se le ha otorgado la calidad de indiciado y se le ha informado de todas las garantías que en su favor establece la Constitución General de la República, en su artículo 20, apartado A.

150.- La nota característica que se debe tomar cuenta para distinguir una pregunta "contra derecho", es la concerniente a que el testigo es ajeno a la controversia; por lo tanto, su función es relatar los hechos que presencié y que están desligados de su persona; es decir, su status procesal supone que no tuvo participación en los mismos.

151.- Una pregunta del Ministerio Público dirigida al testigo con el afán de que reconozca hechos propios porque sospecha de su probable intervención en la secuela delictiva, atenta contra la legalidad porque no es idónea a su calidad de testigo; máxime que en esa situación adjetiva está obligado a declarar sobre los hechos que se investigan de conformidad con lo que establece el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales; por lo tanto, podría interpretarse como una manera de constreñirlo a que responda, lo que está prohibido por la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, garantía que debe recordarse no está sujeta a condición alguna.

152.- La posibilidad real de que efectivamente el testigo haya tenido algún grado de participación en el delito es inobjetable; pero si esto es así, entonces, el Representante Social deberá informarle que su situación procesal cambió a la de indiciado, en cuyo caso le deberá hacer saber los derechos que tiene en tal carácter conforme a lo establecido en la fracción IX, apartado A, del artículo 20 Constitucional en relación con el 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales,

porque si lo sigue declarando como testigo y éste confiesa su intervención antijurídica, esta prueba sería ilícita.

153.- Las preguntas que se formulan a una testigo cuando ha sido privado de su libertad injustificadamente, también tienen la calidad de ser “contra derecho”, porque en principio, el Código Federal de Procedimientos Penales, no establece la posibilidad de que los testigos puedan ser detenidos, sin que esto se confunda con la orden de comparecencia ni con el arraigo, que revisten otro tipo de características, pues el ejemplo radica esencialmente en la decisión irregular de proceder a detenerlos sin que medie un motivo justificado.

154 - Una pregunta también tiene el carácter de ser contra derecho, cuando se le interroga al testigo a pesar de que éste manifestó encontrarse en alguno de los supuestos legales del artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales; es decir, cuando tiene algún vínculo con el inculpado (parentesco, amor, respeto, cariño o estrecha amistad); o bien, cuando no se le hizo saber que en estos casos tiene derecho de abstenerse de declarar.

155.- De acuerdo con el primer párrafo, del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, la función de asistencia al declarante sólo la puede llevar a cabo un profesional del derecho que justifique debidamente estar autorizado para ejercer la profesión exhibiendo en la diligencia la cédula que expide la Dirección General de Profesiones dependiente de la Secretaría de Educación Pública, que constituye la prueba de que cuenta con licencia para ello, ya que de otra manera no se cumpliría con el contenido de la disposición legal.

156.- El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es una regla especial para toda persona en condición diferente a la del acusado, como lo son los testigos.

157.- La acción de impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho, por parte del abogado que asiste al testigo en su declaración tiene la clara finalidad de oponerse a que se le formulen.

158.- No es suficiente que el abogado manifieste al Agente del Ministerio Público o a sus órganos auxiliares, que se impugna la pregunta por ser inconducente o contra derecho, pues atendiendo al significado de la palabra "impugnar" que también significa contradecir, el letrado deberá exponer las razones por las cuales considera que la pregunta no reúne la condiciones de legalidad que se requieren para que pueda ser formulada, a fin de que el Funcionario Público encargado de la diligencia pueda pronunciarse al respecto.

159.- En la impugnación del abogado respecto al señalamiento de que la pregunta es inconducente o contra derecho, el Ministerio Público se encuentra en calidad de interrogador, lo que difícilmente le permite calificar la interrogante con objetividad; por tanto, en un momento dado pudiera ser descartada la petición del letrado y mantenerse firme la postura del Representante Social de formularla al testigo y que la conteste, ya que el artículo 127 bis del CFPP, no le impone prohibición alguna en ese sentido.

160.- El Agente del Ministerio Público no está impedido para continuar con la formulación de la pregunta a pesar de la impugnación hecha por el abogado que asista al testigo; de ahí, la importancia de ejercer una activa y adecuada asistencia jurídica al declarante.

161.- La finalidad de la acción de impugnar es obtener la revocación o invalidación de lo que se objeta, es importante señalar que en el caso en estudio, la retractación o no, de la formulación de la pregunta, en realidad queda al prudente arbitrio de la autoridad investigadora.

162.- Si no quedara asentada la objeción del abogado en el acta de la declaración y la pregunta se formulara quedaría como legalmente válida al no haber constancia de que haya sido impugnada; por ejemplo, se hace una interrogante al declarante con la intención de descubrir su participación en el hecho delictuoso, que por no ser idónea a la condición del testigo, es contraria a derecho, y en la respuesta reconoce su participación en la comisión del delito, ello pudiera traer como consecuencia, que el Agente del Ministerio Público le otorgara la calidad de confesión, pues en apariencia se dan los requisitos del artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, y en su caso, ejercer acción penal en su contra por el delito o delitos que resultaran probados en la indagatoria.

163.- El hecho de que obre en el texto de la diligencia la impugnación del abogado, protege al testigo de que en un momento dado y no obstante de haber reconocido su participación en el delito, el Juez le reste valor probatorio y no se tenga como una confesión, puesto que el declarante fue informado de que se recabaría su testimonio en calidad de testigo y no como indiciado, lo que significa que no se recabó con las formalidades establecidas en el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República; y en tales circunstancias, tendría una alta probabilidad de que se negara su aprehensión.

164.- En la averiguación previa, el Ministerio Público es interrogador en su calidad de autoridad; por lo tanto, tiene la ineludible obligación de dictar acuerdo sobre la refutación del abogado a la pregunta planteada al testigo, en observancia al artículo 8º Constitucional.

165.- Los artículos 242 y 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, deben ser tomados en cuenta por el Agente del Ministerio Público al momento de resolver sobre el ejercicio o inejercicio de la acción penal, por disposición expresa del artículo 132 del CFPP, pues para hacerlo, necesariamente tiene que hacer una valoración del material probatorio de la averiguación previa; y en su caso, tendría la

oportunidad de descartar la respuesta dada por un testigo a una pregunta inconducente o contra derecho que haya sido impugnada por el abogado durante la declaración, pues precisamente en ello radica la finalidad de la garantía procesal establecida en el numeral 127 bis en estudio; es decir, que se invalide la interrogante por no reunir las condiciones de legalidad necesarias para que produzca efectos legales, como serian aquellas que no guarden relación con los hechos o sean inculporatorias.

166.- El abogado que asista al testigo sí lo puede aconsejar sobre su situación procesal, cuando al testigo en forma simultánea se le interroga sobre hechos propios que lo pudieran inculporar porque en tal supuesto el declarante adquiere la condición de inculporado y esto permite al profesional derecho asesorar a su asistido de que se abstenga de responder amparado en las garantías constitucionales establecidas en las fracciones II y IX, de la Constitución General de la República, atendiendo primordialmente a que en esa situación, prevalece el principio de comunicación entre inculporado y defensor.

167.- La prohibición que establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de que el abogado no puede inducir o producir la respuesta de sus asistido, no opera porque ya no está siendo interrogado como testigo sino como acusado, en cuyo caso, el abogado que lo asiste puede adoptar la postura de defensor derivada de la garantía del inculporado, prevista en la fracción IX, del apartado A, del artículo 20 Constitucional; esto con relación a lo dispuesto por el último párrafo, de la fracción X, del mismo Ordenamiento Superior citado.

168.- El abogado que asiste al testigo está en aptitud legal de recomendar al declarante que invoque el derecho que le concede la fracción II, del mencionado precepto de la Carta Magna, y se abstenga de responder la pregunta con matiz inculporatorio.

169.- La presencia del abogado es una garantía procesal para el testigo de que su deposición será libre de cualquier coacción (física o moral) con pleno respeto a sus derechos y formalidades del procedimiento.

170.- La función del abogado que asiste al testigo conforme al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no debe constreñirse a la impugnación de preguntas inconducentes o contra derecho que cita el precepto legal en estudio, pues la asistencia al testigo va más allá, vigilar y hacer que se respeten todos y cada uno de los derechos que establece la Constitución General de la República y Ley Adjetiva de la Materia, a favor de éstos, y que fueron precisados en el capítulo X, de esta investigación.

171.- La asistencia de un abogado al testigo se justifica plenamente porque existen diversos derechos y deberes de éste que requiere conocer al declarar ante la Autoridad Investigadora; por ello, la creación del artículo 127 bis del CFPP.

172.- Se debe pugnar por una efectiva asistencia legal al testigo; y para ello se requiere de una reforma por adición en la que se clarifique sobre todo la función del abogado, en el sentido de que éste deberá vigilar y hacer que se respeten los derechos que tiene el testigo durante su declaración.

173.- Si bien la integración de la averiguación previa es de orden público porque la sociedad está interesada en que se investiguen y castiguen los delitos, el abogado que asista al testigo en su declaración debe mantener presente el valor de la ética y aconsejarlo únicamente sobre los derechos y garantías procesales que le otorga la Ley; es decir, sólo debe asesorarlo en lo relativo a su situación procesal y no influir en cuanto al conocimiento e impresión que tiene éste sobre los hechos delictuosos.

174.- El abogado debe recomendar al testigo que acuda ante la autoridad investigadora a rendir su declaración para evitar precisamente la consecuencia legal de que sea objeto de la aplicación de los medios de apremio; y en su caso, se le considere responsable del ilícito de desobediencia y resistencia de particulares; así como aconsejarlo que diga las cosas tal y como sucedieron sin omitir dato alguno, porque recuerdese que podría incurrir en el delito de falsedad.

175.- En el caso de los testigos, no es factible proceder como sucede –por ejemplo- con el indiciado, quien no está obligado a declarar; y además, en aras de defenderse puede incluso mentir y su conducta no es antijurídica; es decir, no puede ser sujeto activo del delito de falsedad. Por su parte, el testigo sí está obligado a declarar y no solo a eso sino también a decir la verdad y a rendir protesta sobre ello, de acuerdo con lo que establecen los artículos 242 y 247 del CFPP.

176.- El artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, se creó con la intención de proteger los derechos humanos, por eso el derecho de toda persona a nombrar un abogado para que lo asista durante su declaración tiene su origen en éstos.

177.- La presencia de un abogado durante la declaración del testigo no puede desvincularse de la naturaleza del derecho de defensa, desde el punto de vista jurídico; sin embargo, no podemos afirmar que tenga su fundamento en la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, porque el contenido del artículo 127 bis del CFPP, no comulga con la disposición constitucional al establecer restricciones a ese derecho, como lo es de comunicación entre abogado y asistido.

178.- La asistencia legal al testigo se encuentra protegida por el artículo 1º de la Constitución General de la República, pues si el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, fue creado sobre la base de fortalecer el respeto

a los derechos humanos de las personas y busca expresar de la mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales, es obvio que no se puede negar que la reforma al artículo 1º Constitucional viene a plasmar una norma de carácter sustantivo (garantía individual) que se encuentra íntimamente relacionada con estos (derechos humanos).

179 - Si la autoridad investigadora en un momento dado se negara a que el testigo estuviera asistido por un abogado en su declaración, ello constituiría una discriminación que atenta contra su dignidad humana, pues obviamente menoscaba ese derecho fundamental del hombre; luego entonces, en observancia estricta a la ley, el testigo está en aptitud de nombrar a un profesional del derecho que lo asista en su comparecencia y esta decisión deberá ser respetada en todo momento.

180 - Existen múltiples causas por las cuales el Ministerio Público pudiera sospechar de la participación del testigo en la comisión del delito; y así por ejemplo, podemos señalar al lugar de los hechos, que representa una fuente importante de información sobre las circunstancias en las que se cometió el ilícito; así como de las personas que lo presenciaron o intervinieron directamente en su materialización.

181.- Las huellas, instrumentos u objetos encontrados en la escena del crimen, pueden reportar datos sobre la presencia de una o varias personas en el lugar de los hechos, pero en ese momento el Ministerio Público o sus órganos auxiliares desconocen cual es la situación procesal de determinada persona; es decir, si se trata de un testigo o de un presunto responsable; pero lo que si es seguro es, que fundadamente puede establecerse que tiene conocimiento de los acontecimientos; por lo que de acuerdo con el artículo 125 del CFPP, tiene la facultad de citarla para que declare en relación a los mismos.

182 - En este último supuesto la autoridad investigadora puede interrogar al declarante en ambos sentidos; es decir, como testigo y en un momento dado como

indiciado, porque el sustento para esto último, se lo da la evidencia encontrada en el lugar de los hechos.

183.- No podemos soslayar la situación que comúnmente se presenta cuando el testigo relata hechos que suponen la participación de éste en la comisión del delito y que le permiten al Ministerio Público cambiar el sentido de su interrogatorio para formularle preguntas sobre actos propios; es decir, debido a lo oscilante que es en el procedimiento penal la calidad de tercero a la de parte, lo que viene a conformar que sí es posible que el testigo pueda ser considerado como indiciado de manera simultánea al rendir su declaración ante las autoridades investigadoras.

184.- El derecho a la asistencia legal es inherente a toda persona por el solo hecho de serlo, lo que lo constituye en parte de los derechos humanos establecidos como garantía constitucional en el artículo 1º de nuestra Carta Magna.

185.- La relación que existe entre el derecho del testigo a la asistencia de un letrado durante su declaración y el derecho de defensa que establece la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, radica precisamente cuando el testigo pasa a ser considerado como inculcado en el mismo acto de su deposición, pues bajo esta última condición es jurídicamente aceptable que el declarante queda amparado por la garantía individual en comentario; y bajo esa perspectiva, tiene derecho a defenderse por sí mismo, por abogado o persona de confianza, según lo establece el texto de la norma constitucional indicada.

186.- Si el testigo previamente ya había designado un abogado para que lo asistiera en su declaración como testigo en términos de lo que dispone el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no existe obstáculo para que también se considere que la situación del profesionista del derecho cambia a la de un defensor con todas las facultades que ello conlleva, y en especial, ya no tendrá la prohibición de comunicarse con su asistido porque al amparo de la fracción IX, del

artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, el canal de comunicación entre uno y otro debe prevalecer sobretodo cuando de abstenerse de declarar se trata, de acuerdo con la fracción II, del mismo numeral citado; prerrogativa que no está sujeta a condición alguna.

187.- Es importante diferenciar que cuando el declarante tiene la calidad de testigo, el letrado es un simple asistente técnico que con su presencia impide que el órgano investigador rebase sus facultades de interrogarlo al tener la facultad de impugnar aquellas preguntas que sean inconducentes o contra derecho; además garantiza la libre y espontanea declaración de su asistido y debe vigilar que se respeten todas y cada una de las garantías procesales que la ley establece a favor de este ultimo.

188.- Por su parte, cuando al compareciente se le atribuye la calidad de indiciado; entonces, el abogado se convierte en su defensor y deja de ser un simple asistente para adoptar la postura de dirección en defensa de los intereses legales del declarante.

189.- De acuerdo con lo anterior, sí es jurídicamente aceptable considerar que el abogado que asista al testigo está en posibilidad de asumir la calidad de defensor en términos de lo que dispone la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

190.- Es factible que una persona al estar declarando o durante el procedimiento, de testigo pase a ser indiciado; por lo que en razón de ello, se justifica la asistencia del abogado conforme lo establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y es por esto también que el alcance de ésta es para proteger sus derechos también como indiciado, pues al ser interrogado bajo esta circunstancia o citado en tal carácter, está en aptitud de ejercer su derecho a permanecer callado y abstenerse de responder el cuestionamiento de la autoridad,

porque en ese momento opera la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

191.- Si el testigo ha revelado algún grado de participación delictiva, el Ministerio Público no debe seguir declarándolo bajo esa situación procesal (testigo), sino que en todo caso, el Ministerio Público deberá informarle que su condición ha cambiado a la de inculcado e informarle de todos y cada uno de los derechos que en su favor establece el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

192 - Si en el momento en que el Ministerio Público interroga al testigo sobre hechos propios que lo pretendan incriminar adquiere la calidad de indiciado; y en consecuencia, queda amparado por la garantías individuales establecidas en el apartado A, del artículo 20 de la Constitución General de la República, es obvio que igualmente el abogado que lo asiste está en aptitud de asumir la postura de defensor de acuerdo con lo establecido en la fracción IX, del mencionado dispositivo constitucional; y en esas condiciones, también se abre el canal de comunicación que debe existir entre el inculcado y su defensa; por lo tanto, considero que sí puede legalmente aconsejar al declarante de que se abstenga de responder ese tipo de preguntas porque pudiera autoincriminarse.

193.- Si bien es cierto, que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales motivo de estudio, establece que el abogado no podrá inducir ni producir las respuestas de su asistido, ello sólo opera cuando es tratado como testigo, pero cuando el órgano investigador pretende ir más allá buscando descubrir su probable participación en el delito; entonces, su situación procesal cambia a la de indiciado, y bajo esas condiciones, la prohibición de comunicarse con el declarante deja de tener aplicabilidad porque el abogado también deja de tener la calidad de simple asistente para convertirse en su defensor, ya que en ese instante lo que prevalece es el artículo 20 constitucional; lo que significa que sí puede recomendar a su asistido que

se abstenga de declarar sobre tal cuestionamiento, de acuerdo con la fracción II, del citado numeral de la Carta Magna.

194.- El primer párrafo, del artículo 127 bis del CFPP, no concede opción respecto a la designación del abogado, pues ésta corresponde únicamente al declarante, en este caso, al testigo; es decir, que si este último no desea nombrar a un letrado para que lo asista en su declaración, la diligencia legalmente puede llevarse a cabo sin su asistencia; por lo que no existe obligación alguna para el Ministerio Público y sus órganos auxiliares, de hacer la designación en rebeldía de la persona que declara porque no tiene sustento legal para ello.

195.- A pesar de lo anterior, si la declaración comienza sin la presencia de un abogado debido a que el testigo no hizo uso de ese derecho, pero durante el desarrollo de esta, la autoridad investigadora se viera en la necesidad de interrogar al declarante sobre hechos vinculados a su persona para descubrir su probable participación delictiva; es aquí cuando debe hacer un paréntesis en la diligencia y hacerle saber al compareciente que su condición de testigo a cambiado a la de indiciado; y en razón de ello, tiene el derecho de nombrar a un defensor, y en caso de que no lo haga, la Representación Social sí tiene obligación de nombrarle a uno, de acuerdo con lo establecido en la fracción IX, del apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna

196.- Si el Ministerio Público no informa al testigo del derecho que tiene a la asistencia de un abogado, ello implicaría estimar fundadamente que la declaración ha sido recabada dolosamente; y desde luego, de manera ilegal, pues no se le dio la oportunidad, en primer término, de hacer la designación de un letrado; y por ende, de impugnar aquellas preguntas que hayan tenido la calidad de ser inconducentes o contra derecho y que muy probablemente haya contestado; por ello estimo, que la autoridad investigadora invariablemente debe informar al declarante sobre tal

prerrogativa para que el interrogatorio que le formule pueda ser considerado ajustado a la ley.

197.- La consecuencia que produce la omisión –dolosa o no- de informar al testigo sobre el derecho que tiene de ser asistido por un abogado en su declaración, perjudica el valor probatorio de su testimonio, pues si no cumple con tal formalidad no debe tomarse en cuenta como prueba en la averiguación previa y por supuesto tampoco en el proceso, dado que en esas condiciones debe considerarse, que no se satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales.

198.- La fracción V, del artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, esta relacionada con el tema de que se trata, cuando refiere que el testigo no sea impulsado por engaño, error o soborno, pues si la autoridad investigadora no le informara sobre el derecho que tiene a ser asistido por un abogado durante su declaración, es una forma de engañarlo para obtener su deposición y que responda toda clase de preguntas incluso aquellas que prohíbe el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, como lo son las inconducentes o contra derecho, ya que con esa manera de proceder se le hará creer que el desahogo de su testimonial es legal.

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

199.- La violencia física o moral a la que pueda ser sometido un testigo, es una forma objetiva indiscutible de restarle valor probatorio al dicho de éste.

200.- Si al testigo no se le informa por parte del Representante Social sobre el derecho que tiene a nombrar un abogado para que lo asista durante su declaración, es motivo suficiente para considerar que su dicho adolece de un vicio que necesariamente incide en el valor probatorio del mismo; y siendo así, no puede ni debe ser tomado en cuenta como medio de prueba.

201.- De acuerdo con la fracción II, del artículo 20 Constitucional, apartado A, la confesión solo puede ser rendida por aquella persona que tenga la calidad de inculpado; es decir, sobre quien pesa la probable comisión de un delito, únicamente ante el Ministerio Público o el juez; pero además, para que tenga tal carácter (confesión) esta deberá ser verdadera ante dichas autoridades en presencia de su defensor; de lo contrario, carecerá de todo valor probatorio.

202.- Una persona a la que se le haya otorgado la calidad de testigo y en su declaración reconoce o se obtiene como resultado de un interrogatorio, el reconocimiento de alguna participación en el delito, ello no podría considerarse como una confesión obtenida con las formalidades establecidas en la ley, precisamente porque el declarante hace su narración de los hechos en calidad de testigo y no como inculpado, y esto último es uno de los requisitos esenciales para que pudiera tener tal carácter (confesión).

203.- No obstante que el testigo esté asistido por un abogado en su declaración, no podría darse a su declaración la calidad de confesión, en caso de que reconociera haber tenido algún grado de intervención en el hecho delictuoso, pues si bien en apariencia se pudiera pensar que dado que uno de los requisitos para que surta plenos efectos la confesional, es el relativo a que esté presente un defensor, lo importante para dilucidar dicha cuestión, es atender a la situación procesal del declarante que en ese momento es testigo y no inculpado.

204.- Es ilegal considerar como confesión aquella declaración hecha por el declarante en calidad de testigo, sin que haya constancia en el acta de la diligencia de que se le informó que su condición de testigo cambió a la inculpado y que se le haya dado a conocer las garantías con las que cuenta en esta nueva situación procesal, como lo es el derecho a tener a un defensor y a abstenerse de seguir declarando; entre otros.

205.- Si el Ministerio Público no informa al testigo sobre la modificación de su posición a la de inculpado; quiere decir entonces, que durante toda la diligencia fue declarado como testigo, en cuyo caso la aparente confesión que pudiera haber rendido ningún efecto puede producir en contra del testigo, precisamente porque no la realizó bajo la condición de indiciado.

206 - Si el testigo está obligado a declarar conforme al artículo 242 del Código de Procedimientos Penales, y no hubiera constancia de que su situación procesal modificó a la de inculpado, resulta por demás evidente que la aparente confesión que pudiera haber vertido fue obtenida de manera ilegal, puesto que si se le hubiera advertido de tal circunstancia, necesariamente se le concedería la oportunidad de ejercer su derecho a no declarar, y bajo esa perspectiva, el Ministerio Público no estaría en condiciones de obligarlo a hacerlo, al prohibirlo expresamente la fracción II, apartado A, de la Constitución.

207.- Si el testigo en el transcurso de su declaración reconoce algún grado de participación delictiva, en ese momento la autoridad investigadora debe enterarlo que su situación procesal ha cambiado a la de inculpado y debe informarle los derechos que la Carta Magna establece en el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues si no lo hace, no le podría atribuir el carácter de confesión.

208.- Todos y cada uno de los medios de convicción que el Fiscal recabe en la indagatoria deben cumplir con todas las formalidades establecidas en la ley, pues de no ser así, esas probanzas no pueden ser consideradas en perjuicio del indiciado; y en consecuencia, no son idóneas para destruir la presunción de inocencia de este último.

209.- No es jurídico que se le de valor a una prueba en perjuicio no sólo del acusado sino también de cualquier otro sujeto que intervenga en la relación procesal,

como lo sería el testigo, cuando no fue recabada legalmente por la autoridad investigadora, lo que obviamente la convierte en una probanza ilegal que por ese sólo hecho, no se debe considerar para ningún efecto dada su ilicitud.

210.- Si el Ministerio Público sabe que el declarante tiene la calidad de testigo, en primer lugar, no debe interrogarlo como acusado, pues al hacerlo obra con dolo para conseguir un fin que es el reconocimiento en la participación de un delito; por lo tanto, esa forma de proceder es ilícita y la prueba así obtenida no se le debe conceder valor probatorio alguno, porque viola el artículo 127 bis del CFPP y el artículo 20 constitucional dado que en esas condiciones el declarante -en apariencia- no puede recurrir a la abstención de declarar y guardar silencio (pues ya quedó establecido que sí puede hacerlo).

211.- Toda aquella pregunta del Representante Social que vaya encaminada a descubrir la participación delictiva del testigo son las que se consideran contra la moral y el derecho porque tienden a pasar por alto derechos fundamentales del declarante; y por ende, atenta contra la dignidad humana.

212.- Si el Ministerio Público tiene la sospecha fundada de que el testigo tuvo alguna participación en el delito debe fundar y motivar una resolución en ese sentido y mandarlo citar en calidad de acusado para que éste pueda estar en aptitud de ejercer los derechos que le otorga la Constitución en el artículo 20.

213.- Si la declaración del testigo fue recabada sin que se le haya informado del derecho que tiene a la asistencia de un abogado en su declaración y como consecuencia de ello, se obtiene sin la presencia de éste; o en su caso, no se le permitió hacer la designación por no contar en ese momento con algún profesional del derecho independiente, no existe impedimento procesal alguno para que un defensor oficial realice tales funciones.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

DOCTRINA

ARILLA Bas, Fernando *El Procedimiento Penal en México.*

ALFONSO Rodriguez, Orlando. *El testimonio penal y sus errores.*

ADIP, Amado. *Prueba de testigos y falso testimonio.*

AZAR Elias, Edgar. *Frases y expresiones latinas.*

BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales.*

BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos. *Derecho Procesal Penal.*

BENTHAM Jeremias. *Tratado de las pruebas penales.*

BORJA Osorno, Guillermo. *Derecho Procesal Penal.*

BEUMANN, Jurgen. *Derecho Procesal Penal.*

COLIN Sanchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos penales.*

CUENCA Dardon, Carlos E. *Prontuario del Proceso Penal Mexicano.*

CUENCA Dardon, Carlos E. *Manual de Derecho Procesal Penal Mexicano.*

CREUS, Carlos. *Derecho Procesal Penal.*

CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo.*

CORCUERA Cabezut, Santiago. *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*

CONGRESO DE LA UNIÓN. *Los Derechos del Pueblo Mexicano.*

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. *Código Federal de Procedimientos Penales Comentado.*

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. *Tratado sobre las pruebas penales.*

DE TAPIA, Eugenio. *Febrero novísimo o librería de jueces, abogados y escribanos.*

DUBLAN, Manuel. *Legislación Mexicana ó Colección completa de las disposiciones legislativas*

ETTORE, Dosi. *La prueba testimonial*

EDWARDS, Carlos Enrique. *El defensor técnico en la prevención policial.*

FRANCO Sodi, Carlos. *El Procedimientos Penal Mexicano.*

FLORES Martinez, Cesar Obed. *La actuación del Ministerio Público de la Federación en el Procedimiento Penal Mexicano.*

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales.*

GONZALEZ De La Vega, Francisco. *El Código Penal Comentado.*

GASPAR, Gaspar. *La confesión*

GARCIA Ramirez, Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos.*

GARCIA Maynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho.*

HERNANDEZ Pliego, Julio Antonio. *El proceso penal mexicano.*

KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho.*

LONDONO Jimenez, Hernando. *Derecho Procesal Penal.*

MARTINEZ Garnelo, Jesús. *La investigación ministerial previa.*

MIRANDA Estrampes, Manuel. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso*

MARTINEZ Garza, Valdemar. *La autoridad responsable en el juicio de amparo en Mexico*

ORONOS Santana, Carlos M. *Manual de Derecho Procesal Penal.*

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. *La Averiguación Previa.*

PAILLAS, Enrique. *La prueba en el Proceso Penal (con legislación y jurisprudencia mexicana)*

PEREZ Palma, Rafael. *Guía de Derecho Procesal Penal.*

PICO I Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso.*

PONCE Ramirez, Miguel Héctor. *Práctica forense para el defensor dentro del período de averiguación previa*

PAVON Vasconcelos, Francisco. *Manual de derecho penal mexicano.*

PAVON Vasconcelos et. al. *Derecho penal mexicano.*

RIVERA Silva Manuel. *El Procedimiento Penal.*

SALIDO Valle, Carlos. *La detención policial*

SILVA Silva, Jorge Alberto. *Código Federal de Procedimientos Penales.*

TSCHADEK, Otto *La prueba*

WASHINGTON Abalos, Raúl. *Derecho Procesal Penal (tomo II)*.

ZAMORA-PIERCE, Jesus. *Garantías y Proceso Penal*.

ZAFFARONI, E R. *El proceso penal (sistema penal y derechos humanos)*

LEGISLACIÓN

Constitucion Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Codigo Federal de Procedimientos Penales de 2002.

Codigo Penal para el Distrito Federal de 1998.

Codigo Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León de 1999

Codigo de Procedimientos Penales para el Estado de Coahuila de 1999.

Codigo Penal de Coahuila.

Codigo Procesal Penal de la Nación de Argentina de 2001.

Codigo Organico Procesal Penal de Venezuela de 2001.

Diario Oficial de la Federacion del 30 de agosto de 1934.

Diano Oficial de la Federacion del 8 de enero de 1991.

Diario Oficial de la Federacion del 28 de enero de 1992.

Ley de Enjuiciamiento Criminal de España de 2001.

Ley Organica de la Procuraduría General de la República.

Ley de Amparo.

Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

DICCIONARIOS

DE PINA, Rafael et al. *Diccionario de Derecho*.

ESCRICHE, Joaquin. *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*.

GARCIA-PELAYO Y Gross, Ramón. *Pequeño Larousse Ilustrado de 1993*.

DIAZ DE LEON, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de términos usuales en el proceso penal.*

Diccionario de sinonimos y antónimos.

POUDEVIDA Raluy, Antonio. *Diccionario Porrúa de la Lengua Española.*

DISCURSOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS U.N.A.M. XV Congreso Mexicano de derecho procesal de 1998.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS U.N.A.M. *Temas de derecho procesal Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal de 1996*

RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES

Declaracion Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948

Principios Basicos sobre la función de los Abogados del 7 de diciembre de 1990

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

MEDIOS ELECTRONICOS

Disco Compacto IUS 2001 (Discos 1 y 2) Jurisprudencia y Tesis Aisladas 1917-2001. Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nacion. México, 2001.

DATOS DE INTERNET

Ley de Enjuiciamiento Criminal. España, 2001, 12 p. Fuente: Internet www.juridicas.com/base_datos/Penal/lecrhtm/

Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela. Publicado el 2 de octubre de 2001. Fuente: Internet comunidad vlex.com/pautin/copp.htm/

Código Procesal Penal de la Nación de Argentina. Fuente: Internet comunidad derecho.org/neoforum/PPP Prov/

Página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección www.scjn.gob.mx

Página de la Organización de Naciones Unidas. Dirección webadmin.hchr@unog.ch.

OTRAS FUENTES

D ALBORA Francisco J. *Suplemento de Jurisprudencia Penal*

(*Periodico La Ley Buenos Aires, Argentina, 5 de julio de 2002*)

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

ÍNDICE GENERAL

Página

INTRODUCCIÓN

ABREVIATURAS

I.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS EN EL DERECHO COMPARADO

- 1.- La situación procesal del testigo en la antigüedad.-----1
- 2.- La situación procesal del testigo en el derecho español en los años de 1820, 1830 y 1836 -----5
- 3.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.-----8
- 4.- Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.-----9

II.- ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS MEXICANOS RELACIONADOS CON EL ARTÍCULO 127 BIS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

- 1.- El Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880.-----15
- 2.- En los antecedentes históricos del Artículo 20 de la Constitución Mexicana de 1917.- 19
- 3.- En la Exposición de Motivos del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza presentado a la Asamblea Constituyente de 1917, respecto al artículo 21.-----20
- 4.- El Código de Organización, de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal del 4 de octubre de 1929.----- 20
- 5.- El Código Federal de Procedimientos Penales de 1934.-----21
- 6.- En el Decreto del 20 diciembre de 1990, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 8 de enero de 1991.-----23

III.- NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONCEPTOS “ASISTENCIA LEGAL” Y “TESTIGO”

- 1.- Significado gramatical de los conceptos “asistencia legal” y “testigo”
- 1.1. Del testigo----- 28

1 2 De asistencia legal-----	32
2.- Conceptos doctrinales "testigo" y "asistencia legal"	
2 1 Del testigo -----	33
2 2 De asistencia legal-----	35
3 - Conceptos legislativos de "testigo" y "asistencia legal"	
3 1 Del testigo-----	37
3 2 De asistencia legal-----	38
4 - Conceptos de "testigo" y "asistencia legal" en los precedentes del Poder Judicial de la Federación	
4 1 De "testigo" -----	41
4 2 De la "asistencia legal"-----	43
5 - Definición propia que se propone de "testigo" y "asistencia legal"-----	47
IV.- LA ASISTENCIA LEGAL Y EL TESTIGO EN LA DOCTRINA	
1 - Opinión de Carlos Enrique Edwards-----	50
2.- Opinión de Luis M. García-----	52
3 - Opinión de Carlos Salido Valle-----	53
4 - Opinión de Víctor Moreno Catena-----	54
5 - Opinión de Julio Antonio Hernández Pliego-----	55
6 - En opinión de Miguel Hector Ponce Ramírez-----	59
7.- En opinión de Sergio García Ramírez-----	62
8.- En opinión de Moisés Moreno Hernández-----	65
9 - En opinión de Marco Antonio Díaz de León-----	68
V.- LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA	
1.- En la Constitución General de la República-----	70

2 - En el Código Federal de Procedimientos Penales-----	76
3 - En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León-----	77
4 - En el Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila-----	80
6 - En los criterios del Poder Judicial de la Federación de México-----	87

VI.- LA ASISTENCIA LEGAL Y EL TESTIGO EN EL DERECHO COMPARADO

1 - En la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España-----	90
2 - En el Código Orgánico Procesal Penal de la República de Venezuela-----	92
3 - En el Código Procesal Penal de la Nación de Argentina-----	94
4 - El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales de México-----	96
5 - El artículo 150 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León-----	99
6 - Los artículos 247 y 248 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila-----	100

VII.- FUENTES DE INFORMACIÓN QUE REVELAN LA CALIDAD DE TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

1.- El lugar del hecho delictuoso-----	103
1.1 El artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales-----	103
1.2. El artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales-----	111
2.- La denuncia y la querrela-----	121
3 - Huellas, vestigios, instrumentos o cosas objeto del delito-----	124
4 - Los informes de policía con relación al testigo-----	127

VIII.- ÓRGANOS FACULTADOS PARA EXAMINAR EL TESTIGO EN LA AVERIGUACION PREVIA

1 - El Ministerio Público Federal-----	130
2 - La Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal de Investigaciones)-----	132
3 - Otras autoridades auxiliares del Ministerio Público Federal-----	138

IX.- FACULTADES DE LAS AUTORIDADES INVESTIGADORAS PARA EXAMINAR AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

- 1.- La facultad del Ministerio Público Federal para citar al testigo a rendir declaración---143
- 2.- La facultad del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora para interrogar al testigo-----147
- 3 - ¿Sobre que debe versar el interrogatorio al testigo?-----152
- 4.- Facultades del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora con relacion al testigo en el caso de la comisión de un delito que se persigue de oficio--156
- 5 - Facultades del Ministerio Público Federal y la Policía Federal de Investigaciones con relacion al testigo en el caso de la comisión de un delito que se persigue previa quere a-----162

X.- DERECHOS DEL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

- 1.- El derecho del testigo a no firmar la declaración-----168
- 2- E derecho del testigo a leer el acta y hacer modificaciones o rectificaciones antes de firmar la de aración-----171
- 3 - E derecho del testigo a hacer modificaciones o rectificaciones después de firmada su declaracion pero antes de retirarse-----171
- 4- E derecho del testigo a nombrar un traductor cuando no hable o no entienda suficientemente el idioma español-----172
- 5 - El derecho del testigo a nombrar un intérprete cuando fuere sordomudo-----174
- 6 - El derecho del testigo a impugnar el medio de apremio-----175
- 7.- El derecho del testigo a no comparecer ante el Ministerio Público Federal por enfermedad o imposibilidad física que le impida el traslado-----180
- 8 - El derecho del testigo a ser notificado para la diligencia con 48 horas de anticipacion-----181
- 9.- El derecho del testigo a que se asiente en el acta quién fue la persona que lo menciona o el motivo por el cual se le citó-----183
- 10 - El derecho del testigo a que sea el Ministerio Público Federal quien lo interroge---184
- 10 1 El privilegio de dictar o escribir su declaración----- 184

10.2.- ¿Por que deber ser el Representante Social quien interroga al testigo?---	185
10 3 - El derecho del testigo a que el interrogatorio guarde relación con el hecho que se investiga-----	186
11 - El derecho del testigo a la asistencia legal en la fase de averiguación previa-----	188
11 1. El derecho del testigo a ser asistido por un abogado en su declaración ante el Ministerio Publico de la Federación-----	188
11 2 El derecho del testigo que el abogado que lo asista impugne las preguntas inconducentes o contra derecho-----	189
11 3 - El derecho del testigo a negarse a declarar cuando las preguntas lo incriminen-----	190
12 El derecho del testigo a negarse a declarar cuando se encuentra en alguno de los casos de excepcion a la obligacion de rendir testimonio-----	191
13 E derecho del testigo a que otra persona firme por él cuando sea ciego-----	193
14 El derecho del testigo menor de edad a ser exhortado a declarar-----	195
15 - El derecho del testigo a consultar notas o documentos-----	196
16 - El derecho del testigo a que se usen sus palabras-----	198
17 - El derecho del testigo a defenderse cuando se califique su declaración de sospe hosa de fa ta de veracidad-----	199®

XI.- DEBERES DEL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

1.- El deber del testigo de presentarse a declarar sobre los hechos que investiga el M n sterio Publ co Federal-----	203
1 2 - El deber del testigo a dar respuesta a las preguntas que le formule el M nisterio Pub co de la Federacion o sus órganos auxiliares-----	207
2 - El deber del testigo de decir la verdad y rendir la protesta de ley-----	208

XII.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL TESTIGO

1 - Correcciones d sciplinarias-----	212
2 - Medidas de apremio -----	215

2 1 Los medios de apremio como elemento del delito de desobediencia
y resistencia de particulares-----217

3 - Delito de desobediencia y resistencia de particulares-----219

3 1 El tipo penal contenido en el artículo 179 del Código Penal Federal-----220

3 2 El tipo penal contenido en el artículo 182 del Código Penal Federal-----224

4 - Delito de falsedad -----228

XIII.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 127 BIS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

1 - Concepto de "toda persona"-----232

2 - ¿Cuales son las personas que han de rendir declaración en los casos de los
artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales?-----234

3- E derecho de testigo a la asistencia legal en la averiguación previa-----238

3 1 - El derecho a la asistencia legal con relación a la situación procesal
de inculgado -----240

3 2 - ¿Por que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales,
es una norma idónea a la situación procesal del testigo?-----246

4 - E concepto de pregunta "inconducente"-----247

5 - E concepto de pregunta "contra derecho"-----250

6 - Función del abogado nombrado por el testigo para lograr una adecuada
asistencia legal-----255

6 1 La posibilidad de impugnar las preguntas inconducentes y contra derecho---257

6 2 Pedir que se asiente en el acta la impugnación de la pregunta hecha
por el abogado -----259

6 3 La obligación del Ministerio Público Federal y de sus órganos auxiliares
de dictar acuerdo sobre la impugnación del abogado a la pregunta formulada-----261

6 4 ¿Por que la prohibición de producir o inducir la respuesta de su asistido?----265

6 5 ¿Es posible que el abogado aconseje a su asistido cuando la pregunta
sea inculpativa?-----265

XIV.- ALCANCES DE LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

1.- Justificación de la asistencia legal al testigo en la averiguación previa-----	267
2.- La asistencia legal al testigo y su relación con los derechos humanos-----	274
3.- La asistencia legal al testigo y su relación con la garantías individuales de no auto-incriminación y de defensa-----	281
3.1.- ¿Es posible que el testigo a la vez pueda ser considerado indiciado en la averiguación previa?-----	281
3.2 - ¿El abogado que asiste al testigo está en posibilidad de asumir también la calidad de defensor?-----	284
3.3 - ¿Una pregunta incriminatoria tiene la calidad de ser inconducente o contra derecho?-----	287
3.4.- ¿Esta obligado el testigo a responder a una pregunta incriminatoria?-----	291
3.5 - ¿Es posible que el abogado aconseje al testigo que se abstenga de responder una pregunta incriminatoria?-----	293
3.6.- La abstención del testigo a responder a una pregunta incriminatoria ¿genera la comisión de un delito?-----	294
3.7.- ¿Existe obligación de la autoridad investigadora de designarle un defensor oficial al testigo para que lo asista en su declaración cuando éste no lo haga?-----	294

XV.- CONSECUENCIAS DE LA INOBSERVANCIA AL DERECHO DE ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO

1.- En el caso de que el Ministerio Público de la Federación no informe al testigo del derecho que tiene a la asistencia de un abogado-----	296
2.- En el caso de que el testigo reconozca su participación en el delito ¿Tiene la calidad de confesión?-----	300
3.- Concepto de prueba ilícita y su relación con la inobservancia al derecho de asistencia legal al testigo-----	305
CONCLUSIONES GENERALES-----	309
BIBLIOGRAFIA GENERAL-----	359
INDICE GENERAL-----	364

