

**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

**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

980564

TH

KI

FDYC

2004

.46



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.

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)

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.

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.

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.

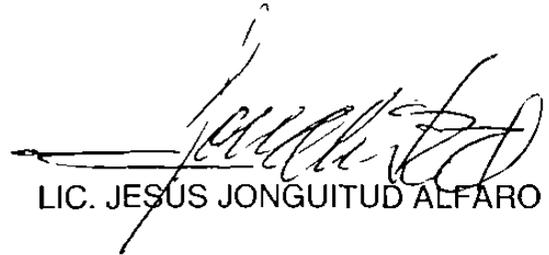
Por último, en el capítulo XV “Consecuencias de la inobservancia al derecho de asistencia legal al testigo”, que primordialmente tiene como finalidad establecer el valor probatorio que tiene la declaración de un testigo cuando no fue informado de su derecho a la asistencia de un abogado. Además se determina 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