

## 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 Penales<sup>1</sup>, 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”*<sup>2</sup>, 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

---

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

<sup>2</sup> 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, tít. 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, tít. 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”*<sup>3</sup>, 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.

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

---

<sup>3</sup> 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*"<sup>4</sup>, 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.<sup>5</sup>, 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 Florian<sup>6</sup> obtiene

---

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

<sup>5</sup> Joaquín Escriche. op. cit., 1502 p.

<sup>6</sup> 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, sobrino, 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.<sup>7</sup>

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

De acuerdo con el autor Joaquín Escriche<sup>8</sup>, 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

---

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

<sup>8</sup> 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 1820<sup>9</sup>, 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”<sup>10</sup>, 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**

<sup>9</sup> Ibídem. 1500 p.

<sup>10</sup> 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 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)”***

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 periodo 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 periodo 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 Penales<sup>11</sup>, 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)<sup>12</sup>; 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:

---

<sup>11</sup> Op. cit. 252 p.

<sup>12</sup> 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](mailto: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.**

En este importante Congreso de la ONU<sup>13</sup> 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**

---

<sup>13</sup> 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](mailto: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 Penales<sup>14</sup>, 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 1991<sup>15</sup>; 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 Procesal<sup>16</sup>, 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(...).”**

---

<sup>14</sup> Op. cit., 252 p.

<sup>15</sup> Poder Ejecutivo Federal. Diario Oficial de la Federación. 8 de enero de 1991. 3 p.

<sup>16</sup> 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 1990<sup>17</sup>; 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 Penales<sup>18</sup>, 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.”*

---

<sup>17</sup> 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](http://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.

---

<sup>18</sup> 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*";<sup>19</sup> 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

---

<sup>19</sup> *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,<sup>20</sup> 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,<sup>21</sup> 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

---

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> *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 las 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,<sup>22</sup> 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

---

<sup>22</sup> *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 86<sup>23</sup>, 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.

---

<sup>23</sup> *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*<sup>24</sup>, 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.

---

<sup>24</sup> 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 21<sup>25</sup>.**

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*<sup>26</sup>, recoge otro importante antecedente histórico legislativo contenido en el artículo 210

---

<sup>25</sup> 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 consignarán ....el 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 1934<sup>27</sup>, 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:

---

<sup>26</sup> *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

---

<sup>27</sup> 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 Público<sup>28</sup>.

**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 Penales<sup>29</sup> 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 1991<sup>30</sup>, 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 1990<sup>31</sup>, firmada también por el Presidente Salinas de Gortari, encontré una breve

---

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

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

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> 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](http://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.<sup>32</sup>

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

---

<sup>32</sup> 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*”<sup>33</sup>, 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

---

<sup>33</sup> 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. ·

### · 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 Vara<sup>34</sup>, 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*<sup>35</sup>, del autor Marco Antonio Díaz de León, que dice: “Tercero extraño al juicio que comparece al proceso,

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

<sup>35</sup> 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 Escriche<sup>36</sup>, 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 Sodi<sup>37</sup> 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 Salvatierra<sup>38</sup> 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

---

<sup>36</sup> Joaquín Escriche. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Tomo 1. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1979. 1499 p.

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

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

Procedimientos Penales<sup>39</sup>, 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 Penales<sup>40</sup>, que dice:

“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

---

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

<sup>40</sup> *Ibidem* 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 mismos<sup>41</sup>; 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 Penales<sup>42</sup>, 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 Sodi, 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

---

<sup>41</sup> Cfr. *Ibíd*em (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 actual<sup>43</sup>; 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*<sup>44</sup>, de Joaquín Escriche, asistencia significa, “La acción de asistir ó la presencia actual... El favor ó ayuda que se da a alguna persona ....”

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.<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> *Ibidem*. 260 p.

<sup>43</sup> 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.”<sup>46</sup>

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 Florian<sup>47</sup> 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.

---

<sup>44</sup> Op. cit. Tomo I. 294 p.

<sup>45</sup> Op. cit. 353 p.

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

<sup>47</sup> 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.”<sup>48</sup>

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.”<sup>49</sup>

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

---

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

<sup>49</sup> César Augusto Osorio y Nieto. *La Averiguación 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."<sup>50</sup>

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 Penales<sup>51</sup>; 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.

---

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

<sup>51</sup> 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 Jüergen Baumann en su libro *Derecho Procesal Penal*,<sup>52</sup> 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.

---

<sup>52</sup> Jüergen 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 Penales<sup>53</sup>, 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.

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.

---

<sup>53</sup> Op. Cit. 209 p.

Por su parte el diverso artículo 125 del Código de Federal Adjetivo<sup>54</sup>, 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.

### **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 Legal<sup>55</sup>; y para una mejor ilustración me permito hacer la descripción de la relación que existe entre dichas disposiciones legales:

---

<sup>54</sup> Op. Cit. 212 p.

<sup>55</sup> 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 ***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 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.<sup>56</sup>

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.

---

<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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 ( . )"

---

<sup>57</sup> 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 República<sup>58</sup> 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

---

<sup>58</sup> 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.

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 inculpado 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.

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.



#### 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...”*<sup>59</sup>, 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 Edwards<sup>60</sup> 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 sindique 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.”

---

<sup>59</sup> *Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales*. Op. cit. 212-213 p.

<sup>60</sup> 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:

0149091

“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. García<sup>61</sup>, 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 Valle<sup>62</sup>, 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

---

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

<sup>62</sup> Carlos Salido Valle. *La Detención Policial*. Ed. José M<sup>º</sup>. 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 Española<sup>63</sup>, 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 República<sup>64</sup>, 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:

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

<sup>64</sup> 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 inculcado 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 Pliego<sup>65</sup>, con los siguientes argumentos.

“...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

---

<sup>65</sup> 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 Federal<sup>66</sup>, 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 Federal<sup>67</sup>, 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

---

<sup>66</sup> Op. cit. 12 p.

<sup>67</sup> Op. cit. 66 p.

General de la República<sup>68</sup>; 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.

---

<sup>68</sup> 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 Ramírez<sup>69</sup>, 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

---

<sup>69</sup> Miguel Hector Ponce Ramírez. *Practica Forense para el Defensor dentro del Período 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 Penales<sup>70</sup>, 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

---

<sup>70</sup> 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 inculcado, 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 legal<sup>71</sup> a que se refiere el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, como un

---

<sup>71</sup> 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”<sup>72</sup>, 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 CFPP), 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

---

<sup>72</sup> 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”<sup>73</sup>, 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.

---

<sup>73</sup> 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 la 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.

## **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 B<sup>74</sup>, 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

---

<sup>74</sup> *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 Comisión<sup>75</sup>, 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 1991<sup>76</sup>; 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 1992<sup>77</sup>; es decir, un año y veinte días después.

---

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

<sup>76</sup> Poder Ejecutivo Federal. Diario Oficial de la Federación. 8 de enero de 1991. 3 p.

<sup>77</sup> 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 País<sup>78</sup>, 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.

---

<sup>78</sup> 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 indiciado 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 Penales<sup>79</sup>, el cual, se relaciona con los diversos 123, 124 y 125 del

---

<sup>79</sup> 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 Federativa<sup>80</sup>, 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 Local<sup>81</sup>, 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

---

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

<sup>81</sup> *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"<sup>82</sup>.

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 Coahuila<sup>83</sup>, en los siguientes términos:

---

<sup>82</sup> *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 245<sup>84</sup>, 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:

---

<sup>83</sup> Ibidem, 108 p.

<sup>84</sup> 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 Coahuila<sup>85</sup>, 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 inculcado 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

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, 108 p.

basta señalar el diverso 248 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila<sup>86</sup>, 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 incriminaría 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 inculpado, 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:

---

<sup>86</sup> *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 relevó 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 Coahuila<sup>87</sup>, 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

---

<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup>

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 Federal<sup>89</sup>, 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 inculpado, 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.

---

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> 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 inculparse 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"<sup>90</sup> 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 Estrampes<sup>91</sup> 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.

<sup>90</sup> XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal Penal. UNAM, Mexico, 1998. 577 P.

<sup>91</sup> Manuel Miranda Estrampes. *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el Proceso Penal*. José M<sup>a</sup>. 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 España<sup>92</sup>, 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,

<sup>92</sup> Ley de Enjuiciamiento Criminal. España, 2001, 12 p. Fuente: Internet [www.juridicas.com/base\\_datos/Penal/lecrhtm/](http://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"<sup>93</sup>, 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.*"**

---

<sup>93</sup> 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 Argentina<sup>94</sup>, que se ubica en el capítulo III, denominado “Derechos de la víctima y el testigo”, establece

---

<sup>94</sup> Código Procesal Penal de la Nación de Argentina Fuente: Internet comunidad.derecho.org/neoforum/PPP 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 su 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 Penales<sup>95</sup>, 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. *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

---

<sup>95</sup> 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 Penales<sup>96</sup>, 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, México<sup>97</sup>, 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***

---

<sup>96</sup> Op. cit. 167-168 ps.

<sup>97</sup> 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.”***

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.

## 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 Penales<sup>98</sup>, 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.

---

<sup>98</sup> 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.

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 médica<sup>99</sup>; o bien, brindarle protección para evitar alguna agresión contra su persona, según las circunstancias del caso.

---

<sup>99</sup> 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 Penales<sup>100</sup>, 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.

---

<sup>100</sup> 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 presenció el suceso delictuoso.

Vale la pena decir que para el autor Eugenio Florian<sup>101</sup> la calidad de testigo se genera con la cita que hace la autoridad, y lo puntualiza así:

---

<sup>101</sup> 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 Rodríguez<sup>102</sup>, quien sostiene que:

“Particularmente opinamos que ello ocurre cuando el juez lo cita en una providencia, y dice: “recíbese 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

---

<sup>102</sup> 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 presencié y lo describe tal y como lo vio.

Sobre el particular es importante considerar los razonamientos hechos por el autor Dosi Ettore<sup>103</sup>, 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 Penales<sup>104</sup>, 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.

---

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

<sup>104</sup> 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 querrella?.

El segundo párrafo, del mencionado artículo 123, refiere *“Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrella, 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 querrella, 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 Penales<sup>105</sup>, 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:

---

<sup>105</sup> 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 Penales<sup>106</sup>

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 Penales<sup>107</sup>, 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 Penal<sup>108</sup>, 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.

---

<sup>106</sup> Op. cit. 222-223 ps.

<sup>107</sup> Op. cit. 228-229 ps.

<sup>108</sup> 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 Magna<sup>109</sup> y en el diverso 128, fracción III, incisos a), b), c) y d), del Código Federal de Procedimientos Penales<sup>110</sup>.

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 Penales<sup>111</sup>, que establece:

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

---

<sup>109</sup> Op. cit. 26 p.

<sup>110</sup> Op. cit. 213-214 ps.

<sup>111</sup> 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 CFPP<sup>112</sup>, 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 Penal<sup>113</sup>, 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

---

<sup>112</sup> Op. cit. 247 p.

<sup>113</sup> 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 Penales<sup>114</sup>, 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 Penal<sup>115</sup>, 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

---

<sup>114</sup> 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.

## **2.- La denuncia y la querella.**

En mi criterio, la denuncia y la querella 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.

---

<sup>115</sup> Op. cit. 252 p.

Respecto a la denuncia, el autor Manuel Rivera Silva<sup>116</sup> 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 Sodi<sup>117</sup> 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 Bas<sup>118</sup> 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*

---

<sup>116</sup> Manuel Rivera Silva. Op. cit. 98, 99 y 112 ps.

<sup>117</sup> 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 Penales<sup>118</sup>, 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.

“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.

---

<sup>118</sup> Fernando Arilla Bas. Op. cit. 58 p.

<sup>119</sup> 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 República<sup>120</sup>, 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.**

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 León<sup>121</sup>, 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."

---

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

<sup>121</sup> 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 Gaspar<sup>122</sup> 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:

“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

<sup>122</sup> 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 Palma<sup>123</sup>:

“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

---

<sup>123</sup> 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 tesis<sup>124</sup>:

**“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 investidura 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

---

<sup>124</sup> 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.