

VIII.- ÓRGANOS FACULTADOS PARA EXAMINAR AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.- El Ministerio Público Federal

Todas las facultades del Ministerio Público están sustentadas en el artículo 21 de la Constitución General de la República, a quien le encomienda la investigación y persecución de los delitos y para lograr tal fin, se auxiliará de una policía que está bajo su autoridad y mando inmediato.

De acuerdo con el artículo 2º del Código Federal de Procedimientos Penales¹²⁵, compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

Asimismo en las fracciones I y II del citado numeral, se establece lo siguiente:

“En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito.

II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, así como a la reparación del daño...”

Así las cosas, si la averiguación previa compete al Representante Social conforme al artículo en comentario, ello le da facultad de examinar a los testigos en dicha fase, a fin de cumplir con el objetivo de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, y esto lo puede hacer desde los primeros momentos de la investigación, incluso en lugar mismo de los hechos, de acuerdo con lo que disponen los artículos 123 y 124 que ya fueron motivo de análisis en el capítulo que precede.

¹²⁵ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. Op. cit. 182-183 ps.

Igualmente esa prerrogativa del Ministerio Público Federal para examinar a los testigos, la encontramos en el artículo 132 en relación con el 240, ambos del Código Federal de Procedimientos Penales¹²⁶, que dicen:

“Art. 132.- En la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código.”

Como se ve, el citado artículo 132 le permite al Ministerio Público de la Federación aplicar las disposiciones del Título Sexto de la Ley de la Materia, en la práctica de diligencias de averiguación previa, el cual se refiere al apartado de “PRUEBAS”, entre las que obviamente se encuentra regulada la prueba de “TESTIGOS”, en la que el artículo 240, dispone:

“Art. 240.- El Tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.

Luego entonces, estas dos últimas normas me permiten considerar que el Ministerio Público Federal está facultado para examinar testigos desde los primeros minutos de la investigación en virtud del principio de oficiosidad que le establecen los ya mencionados artículos 123 y 124, incluso en el mismo lugar de los hechos; y además también, a petición de alguna de las partes de conformidad con los numerales 132 en relación con el 240 del CFPP, pues si bien este último se refiere al Juez en el proceso, es aplicable en la averiguación previa, por mandato expreso del tercero de los preceptos legales mencionados (132)

En tales condiciones, en mi opinión los artículos anteriormente relacionados constituyen el fundamento en el que se sustenta la facultad del Ministerio Público para examinar al testigo respecto a los acontecimientos motivo de la indagatoria.

¹²⁶ Ibidem, 215 y 252 ps.

2.- La Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal de Investigaciones)

La función investigadora de la Policía Judicial está sustentada en el artículo 21 de la Constitución General de la República, como auxiliar del Ministerio Público, al establecer “...el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”

En el Código Federal de Procedimientos Penales, la actividad de la Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal de Investigaciones)¹²⁷, está regulada por el numeral 3, que establece lo siguiente:

“Art. 3.- La Policía Judicial Federal actuará bajo la autoridad y el mando inmediato del Ministerio Público Federal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dentro del periodo de averiguación previa, la Policía Judicial Federal está obligada a:

I. Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público, al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas. Las diversas policías, cuando actúen en auxilio del Ministerio Público Federal, inmediatamente darán aviso a éste, dejando de actuar cuando él lo determine;

II. Practicar, de acuerdo con las instrucciones que le dicte el Ministerio Público Federal, las diligencias que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa;

III. Llevar a cabo las citaciones, notificaciones y presentaciones que el Ministerio Público Federal ordene; y

IV. Realizar todo lo demás que señalen las leyes.

En el ejercicio de la función investigadora a que se refiere este artículo, queda estrictamente prohibido a la Policía Judicial Federal recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público, del juez o del tribunal.

Existe una nota distintiva en las facultades de la Policía Judicial Federal en relación con el Ministerio Público Federal, que radica esencialmente en que aquella

estará bajo la autoridad y mando del segundo; esto quiere decir, que quien dirige las diligencias de averiguación previa lo es el Representante Social, y como lo dispone el propio artículo 21 Constitucional, la policía viene a ser un auxiliar en dicha función.

En el último párrafo del artículo 3º del Código Federal Adjetivo Penal, se prevé la prohibición que tiene la Policía Judicial Federal para recibir declaraciones del indiciado o detener a alguna persona, fuera de los casos de flagrancia, sin que medien instrucciones escritas del Ministerio Público; lo que interpretado a contrario sensu tendríamos que admitir que sí le está permitido hacerlo de motu proprio sólo en los casos de flagrancia y cuando no se está en este último caso, requiere de la “instrucción escrita” del Fiscal Investigador en la fase de averiguación previa.

La pregunta que surge en este punto es: ¿La Policía Judicial Federal está facultada para recabar la declaración de un testigo?

Como puede observarse, de la fracción II, del artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales, la Policía Judicial Federal está obligada a practicar de acuerdo con las instrucciones que le dicte el Ministerio Público Federal, las diligencias que sean necesarias y exclusivamente para los fines de la averiguación previa.

De esta disposición legal se infiere que la Policía Judicial Federal está facultada para llevar a cabo diligencias de averiguación previa, pero para que esté en aptitud de hacerlo requiere de las instrucciones del Ministerio Público, que como lo vimos en el último párrafo del mencionado numeral 3º, deben constar por escrito.

Además, el diverso 16 de la Ley en estudio¹²⁸, dispone que *“El Juez, el Ministerio Público y la Policía Judicial Federal estarán acompañados, en las*

¹²⁷ Ibidem, 183 p.

¹²⁸ Ibidem, 186-187 ps.

diligencias que practiquen, de sus secretarios, si los tuvieran, o de dos testigos de asistencia, que darán fe de todo lo que en aquéllas pase.”

De lo que antecede se colige que la Policía Judicial Federal sí puede realizar diligencias de averiguación previa y para que tengan validez deberán estar acompañados de sus secretarios o testigos de asistencia, que darán fe de lo sucedido.

En mi opinión, el artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, también le concede facultades a la Policía Judicial Federal para realizar diligencias de averiguación previa, al establecer en su parte inicial *“Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa...”*, ya que al ser un auxiliar del Representante Social por mandato expreso del diverso 21 de la Carta Magna y del propio numeral 3º del CFPP, resulta obvio que puede llevar a cabo lo ordenado en el precepto legal primeramente mencionado (123); y por supuesto, recabar el acta a que se refiere el artículo 124 del misma Ley Adjetiva, que ya fueron motivo de análisis en el capítulo que antecede.

Habría que recordar que cuando tratamos lo referente al capítulo VII denominado *“Fuentes de Información que revelan la calidad de testigo en la Averiguación Previa”*, quedó claramente explicado que los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen la facultad de la autoridad investigadora para recabar las declaraciones de testigos que se hayan encontrado en el lugar de los hechos; y de los que no, debía indagar sus nombres y domicilios para citarlos y tomarles su deposición.

Bajo esa perspectiva, tendríamos que admitir que la Policía Judicial Federal sí está facultada para recabar las declaraciones de testigos en auxilio del Ministerio Público, pero con previa instrucción por escrito de este último, en atención a lo que

dispone la citada fracción II, del artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales; y además en lo previsto en el diverso 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹²⁹, que a la letra dice:

“Art. 21.- (...) La Policía Federal Investigadora podrá recibir denuncias sólo cuando por la urgencia del caso no sea posible la presentación directa de aquéllas ante el Ministerio Público de la Federación, pero deberá dar cuenta sin demora a éste para que acuerde lo que legalmente proceda.

Conforme a las instrucciones que dicte el Ministerio Público de la Federación, la Policía Federal Investigadora desarrollará las diligencias que deban practicarse durante la averiguación previa y exclusivamente para los fines de ésta, cumplirá las citaciones, notificaciones y presentaciones que se le ordenen, y ejecutará las órdenes de aprehensión, los cateos y otros mandamientos que emita la autoridad judicial, así como las órdenes de detención que, en los casos a que se refiere el párrafo quinto del artículo 16 constitucional, dicte el propio Ministerio Público de la Federación.

En todo caso, dicha policía actuará con respeto a los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los tratados internacionales en que los Estados Unidos Mexicanos sea parte, así como las normas que rijan esas actuaciones.”

En razón de lo anterior y de acuerdo con lo que he venido exponiendo, podríamos decir, que para que la Policía Federal Investigadora estuviera en aptitud de recabar las declaraciones de los testigos, en todo caso, requiere de las instrucciones del Ministerio Público para hacerlo, en auxilio de las funciones de éste; situación con la que no estoy de acuerdo porque si bien no puede ignorarse lo establecido en las citadas normas procesales, en mi criterio, existen actuaciones que ineludiblemente deben ser presididas por el Agente del Ministerio Público. Sin embargo, es importante determinar si estamos en lo correcto o no.

Respecto al tema mencionado el autor Guillermo Borja Osorno¹³⁰, expone:

“1.- Inmediatamente que se presente la denuncia en los delitos que se persiguen de oficio, o la querrela en los que se persiguen a petición de parte,

¹²⁹ *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*. Editada por la Procuraduría General de la República, México, 2002. 29-30 ps.

¹³⁰ Guillermo Borja Osorno. *Derecho Procesal Penal*. Ed. José M. Cajica Jr. S.A., Puebla, Puebla, México, 1969. 118-119 ps.

la Policía Judicial que tenga conocimiento dictará las providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas, para impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso y los instrumentos o cosas objeto o efecto del mismo, para saber qué personas presenciaron el hecho y en general, impedir que se dificulte la averiguación.

2.- Si es necesario, **debe trasladarse la Policía Judicial al lugar de los hechos para practicar una inspección ocular**, dando fe de las personas y de las cosas a quienes hubiere afectado el hecho delictuoso. **Procurará tomar declaración a las personas que presenciaron los hechos, en el mismo lugar, o bien, de no ser necesaria la inspección ocular o no ser posible que declaren inmediatamente dichas personas, deberá citarlas para que a más tardar al día siguiente comparezcan a rendir declaración**, si no se ha consignado o ante la autoridad judicial si el Ministerio Público ya ejerció acción penal."

Es decir, de acuerdo con los razonamientos de Borja Osorno la Policía Judicial Federal está facultada para tomar las declaraciones de los testigos en el mismo lugar de los hechos e incluso citar a los que no haya podido declarar para que a más tardar al día siguiente comparezcan a rendir su declaración. Además que de sus comentarios también se desprende que dicha dependencia policiaca está facultada para practicar la inspección ocular del sitio en que se cometió el ilícito.

Ahora bien, con relación a las ideas del autor Borja Osorno, necesariamente tengo que considerar que la diligencia de inspección ocular invariablemente debe ser practicada con la asistencia del Ministerio Público, ya que en caso contrario, sería nula de pleno derecho, en atención a lo establecido en el artículo 208 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

"Art. 208.- Es materia de la inspección todo aquello que pueda ser directamente apreciado por la autoridad que conozca del asunto. **La inspección debe ser practicada invariablemente, bajo pena de nulidad, con la asistencia del Ministerio Público** o, en su caso, del juez, según se trate de la averiguación previa o del proceso."

Así las cosas, en atención al contenido de la norma citada, la Policía Judicial Federal per se carece de facultades para practicar la inspección ocular a que se

refiere Guillermo Borja Osorno, ya que su desahogo corresponde únicamente al Representante Social de acuerdo con el numeral indicado, y en caso de que se hiciera sin la asistencia de éste, dicha actuación resultaría sin eficacia probatoria alguna; por lo tanto, bajo esa perspectiva tendríamos que aceptar que la Policía Judicial Federal no puede realizar cualquier diligencia de averiguación previa.

Sin embargo, de una interpretación lógica de los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, se puede decir, que la Policía Judicial Federal está facultada para realizar la inspección a que se refiere el último de los numerales indicados porque se trata de reglas especiales que norman el trámite de la averiguación previa y que constituyen excepción a la regla general, y esta afirmación la hago en observancia a lo dispuesto por el Título Segundo denominado "Averiguación Previa", capítulo II, "Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa."

Luego entonces, en ese sentido, es aplicable el principio que reza "La regla especial prevalece sobre la general"; y siendo así, no obstante que el artículo 208 del CFPP, establezca que la inspección invariablemente debe ser practicada con la asistencia del Ministerio Público, so pena de declararse nula; en mi opinión esto no tiene aplicación en el trámite de la indagatoria, puesto que la inspección a que se refieren los artículos 123 y 124 del Código Federal Adjetivo Penal, son reglas especiales; y por ello, son aplicables; de lo que se colige que en la fase de averiguación previa, la Policía Judicial Federal sí está facultada para desahogar la mencionada probanza, por tener dicha dependencia el carácter de órgano auxiliar del Fiscal.

Considero que respecto a las declaraciones de los testigos la Policía Judicial Federal solamente podría estar en aptitud de recabarlas cuando así se lo instruya el Representante Social mediante un acuerdo en el que exponga las razones y peculiaridades del caso o urgencia del mismo, de acuerdo con lo que se desprende

de la fracción II, del artículo 3º del Código Federal de Procedimientos Penales y el 21 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues en mi opinión de no mediar por escrito esas “instrucciones”, la actuación no es válida.

Ahora bien, en el supuesto de que se le encomiende tomar la declaración a los testigos, la Policía Judicial Federal tendría la obligación de actuar con respeto a los derechos humanos, los tratados internacionales y a las normas que rijan esas actuaciones, según se advierte de la última parte del citado artículo 21 de la LOPGR; lo que quiere decir, que la diligencia se deberá de llevar a cabo con la formalidad establecida en la Ley de la Materia; y siendo así, tiene que observar en todo momento las reglas establecidas para la prueba testimonial que se encuentran establecidas del artículo 240 a 257 del Código Federal de Procedimientos Penales; además de que, por iguales razones necesariamente debe aplicar el contenido del numeral 127 bis, del mismo Ordenamiento Legal, que es el motivo de estudio de este trabajo y que contempla el derecho de toda persona que tenga que rendir declaración en los casos del artículo 124 y 125 de CFPP, a estar asistida por abogado nombrado por éstas; entre los que obviamente están los testigos.

Bajo esta perspectiva, podemos concluir que también la Policía Federal Investigadora puede examinar testigos siempre y cuando haya recibido la encomienda del Ministerio Público para ello.

3.- Otras autoridades auxiliares del Ministerio Público Federal

El artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República¹³¹, establece quienes son auxiliares del Ministerio Público Federal, y los divide en directos y suplementarios:

“Art. 20.- Son auxiliares del Ministerio Público de la Federación:

¹³¹ Op. cit. 29 p.

I. Directos, y por lo mismo se integran a la Institución:

- a) La policía federal investigadora;
- b) Los servicios periciales.

II. Suplementarios:

- a) La Policía Federal Preventiva.
- b) Los Agentes del Ministerio Público del fuero común y de las Policías en el Distrito Federal, en los Estados integrantes de la Federación y en los Municipios, así como los peritos, en las instituciones de procuración de justicia de la entidades federativas, en los términos de las disposiciones legales aplicables y los acuerdos respectivos;
- c) El personal del Servicio Exterior Mexicano acreditado en el extranjero;
- d) Los capitanes, patronos o encargados de naves o aeronaves nacionales; y
- e) Los funcionarios de las dependencias de la Administración Pública Federal, en términos de las disposiciones aplicables.

El Ministerio Público de la Federación ordenará la actividad de los auxiliares suplementarios, en lo que corresponde exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la Institución.”

Como se ve, dentro de los directos se encuentra la Policía Federal Investigadora y los Servicios Periciales, los que incluso se consideran como parte de la Institución del Ministerio Público, y de los cuales ya vimos que la primera de las dependencias, está facultada para examinar testigos previa la instrucción por escrito del Fiscal Investigador.

No obstante que de los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que los funcionarios auxiliares del Representante Social podrán recabar diligencias de averiguación previa, en mi opinión, los servicios periciales aunque están catalogados con ese carácter su función se constriñe únicamente a realizar el examen de personas, hechos u objetos que requieran conocimientos especiales, de acuerdo con lo previsto en el diverso 220 de CFPP¹³², que refiere *“Siempre que para el examen de personas, hechos u objetos, se requieran conocimientos especiales se procederá con intervención de peritos”*

¹³² Op. cit. 248-249 ps.

Lo anterior se corrobora con el contenido del numeral 22 de la LOPGR, que establece:

Art. 22.- Los peritos actuarán bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público de la Federación, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de criterio que les corresponde en el estudio de los asuntos que se sometan a su dictamen.

Es decir, en atención a la naturaleza de las funciones de los Servicios Periciales, que radica esencialmente en emitir los dictámenes correspondientes que se le han encargado, quedan descartados para examinar testigos respecto a los hechos delictuosos a través de un testimonio, pues no obstante que la prueba pericial también puede versar sobre el examen de una persona, ello debe entenderse que es desde el punto de vista físico, psíquico, etc; pero no para recabarles su declaración.

Ahora bien, respecto a los auxiliares complementarios a que se refiere la fracción II, del artículo 20 de la LOPGR, debo considerar que sí están facultados para examinar testigos tomando en cuenta que su actuación se realiza en circunstancias especiales comúnmente porque no existe Agente del Ministerio Público Federal en el lugar en que se suscitaron los acontecimientos delictuosos, como lo podría ser, a bordo de un barco o de una aeronave nacionales, en una embajada de México en el extranjero, etc.

En relación con el comentario anterior vale la pena mencionar el pensamiento del autor Manuel Rivera Silva¹³³ cuando se refiere a la función de los órganos auxiliares del Ministerio Público Federal, de la forma siguiente:

“...La creación de auxiliares obedece a la imposibilidad de que existan Agentes en todos los lugares en que se pueden cometer delitos de carácter

¹³³ Manuel Rivera Silva. Op. cit. 127 p.

federal; más dichos auxiliares actúan como tales, o sea, como sujetos que ayudan en tanto que es necesario proceder de inmediato y no hay Ministerio Público que lo haga. La exégesis cuidadosa del artículo 14 afirma la idea señalada en tanto obliga en unos casos (el de los Cónsules y Vicecónsules mexicanos en el extranjero, y el de los capitanes y patrones o encargados de naves o aeronaves nacionales, etc.) a dar aviso de inmediato al Ministerio Público de la averiguación que inicia, a efecto de que éste ordene las diligencias conducentes o se avoque desde luego al conocimiento del asunto, debiéndosele dar este aviso dentro del plazo de 24 horas siguientes al conocimiento del caso;...”

Cabe mencionar que el autor se refiere al artículo 14 de la LOPGR; sin embargo debido a la reforma de esta Ley en el año de 1999, pasó a ser el número 19, ya citado; por lo que sus ideas son aplicables al caso de que se trata.

Así las cosas, de acuerdo con lo que expone Rivera Silva la función de los auxiliares suplementarios se da en circunstancias especiales en las que se requiere actuar de inmediato y no hay Agente del Ministerio Público en el lugar; y en mi opinión, esto se actualiza precisamente para suspender los efectos del delito, asegurar al posible indiciado en el caso de flagrancia, atender a la víctima, evitar que se pierdan y destruyan pruebas, indagar qué personas fueron testigos y tomar las medidas necesarias para lograr una adecuada integración de la averiguación previa, en términos de los que disponen los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales; pero también considero que lo anterior solo tendría lugar en el caso de ilícitos que se persigan de oficio, pues en caso de que fueran de aquellos que son a instancia de parte ofendida, será necesaria la previa presentación de la querrela respectiva para proceder, como lo dispone el segundo párrafo, del citado artículo 123.

Con relación a lo anterior, no omito considerar lo previsto en el último párrafo, del artículo 20 de la LOPGR, que dice: “...*El Ministerio Público de la Federación ordenará la actividad de los auxiliares suplementarios, en lo que corresponde exclusivamente a las actuaciones que practiquen en auxilio de la Institución.*”

De esta disposición legal podemos inferir que los órganos auxiliares deben poner en conocimiento del Ministerio Público la comisión del delito, de forma inmediata, para que éste disponga cuáles son las diligencias que se deberán recabar en auxilio de dicha Institución, respecto de lo que debe estimarse que para recabar cualquier diligencia de averiguación previa, entre ellas, las declaraciones de testigos, en todo caso, deberá mediar la instrucción expresa del Representante Social.

IX.- FACULTADES DE LAS AUTORIDADES INVESTIGADORAS PARA EXAMINAR AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.- La facultad del Ministerio Público Federal para citar al testigo a rendir declaración.

En el capítulo VII de esta investigación, quedó establecido que el Ministerio Público de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, desde los primeros instantes de haberse cometido el hecho delictivos está facultado para indagar qué personas fueron testigos, sus nombres y domicilios; y por supuesto recabar la declaración de los que estén presentes cuyos dichos sean más importantes.

Así las cosas, de aquellos a quienes no se les haya podido recabar su testimonio, y en base a la información que se obtuvo respecto al nombre y domicilio de los testigos, el Ministerio Público está facultado para citarlo de acuerdo con lo que prevé el artículo 125, que está redactado de la siguiente forma:

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

Según se advierte del texto del precepto legal citado, la facultad del Representante Social para citar al testigo es potestativa al establecer los vocablos “podrá citar”; lo que quiere decir, que queda a su estimación el llamamiento o no de un testigo para que rinda su declaración.

En virtud de lo anterior, considero que el Ministerio Público podrá citar a una persona para que declare siempre y cuando haya participado en los hechos que se investigan o aparezca tenga datos sobre los mismos; en otras palabras, si de las constancias del expediente no se desprende ninguna de las anteriores hipótesis no existe motivo ni razón legal para llamar a comparecer alguien con el carácter de testigo o de indiciado, pues este último concepto (indiciado) tiene que ver con la figura de la participación delictiva propiamente a que se refiere el artículo en comentario.

Sobre el particular, conviene aludir al comentario del autor César Obed Flores Martínez¹³⁴, cuando dice: *“Para que quede agotada la averiguación previa, el legislador ha dotado de facultades amplias al Ministerio Público de la Federación, tal como se dispone en el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuando el representante social federal considere a su prudente arbitrio citar a cualquier persona que por cualquier motivo participen en ellos o tengan datos sobre los mismos.”*

Ahora bien, ya vimos anteriormente, que las disposiciones del Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Penales relativas a la “Prueba”, pueden ser también aplicadas en lo conducente por el Agente del Ministerio Público en la averiguación previa, según se advierte del diverso 132 del mismo Ordenamiento Legal.

Luego entonces, tenemos que aludir en este apartado al artículo 240 del CFPP, que también establece la facultad del Representante Social de hacer comparecer al testigo cuyo examen haya solicitado alguna de las partes.

¹³⁴ César Obed Flores Martínez. La actuación del Ministerio Público de la Federación en el Procedimiento Penal Mexicano. O.G.S. Editores, S.A. de C.V., México, 1997. 32 p.

Art. 240.- El tribunal no podrá dejar de examinar durante la instrucción a los testigos presentes cuya declaración soliciten las partes.

Así las cosas, si alguna de las partes como lo serían el ofendido, el indiciado o su defensor en la fase indagatoria, solicitan la declaración de un testigo el Ministerio Público no podrá dejar de examinarlo, lo que se convierte prácticamente en una obligación para la autoridad investigadora; sin embargo, en mi criterio, el que pretenda pedir que una determinada persona comparezca a rendir declaración deberá exponer el motivo por el que considera que debe citarse; es decir, por qué tiene la calidad de testigo y cuál es la relación de causalidad con el hecho que se investiga; dado que de no hacerse así, se estaría dejando al arbitrio de la partes la calificación respecto a si determinada persona tiene en realidad la calidad de testigo o no.

En todo caso, deberá prevalecer el contenido del artículo 125 en estudio, cuando dice: *"...a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación."*

En efecto, no obstante la petición de alguna de las partes, el Ministerio Público debe exigir cuando menos una razón lógica y fundada de que la persona cuya declaración se solicita pueda tener datos sobre el hechos que indaga, ya para justificar los elementos del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, como para la inexistencia de estas últimas dos figuras jurídicas.

Esto es así, porque en rigor, la autoridad investigadora está obligada también a asentar en el acta de la declaración quién fue la persona que mencionó a la que haya de citarse, o porque motivo el funcionario estimó conveniente hacer la citación.

En resumidas cuentas, debe estar justificado legalmente el motivo de la cita, atendiendo al principio de que toda actuación de la autoridad deberá estar fundada y motivada, pues de lo contrario, implicaría un ilegal acto de molestia para el sujeto que se pretende llamar a declarar, prohibido por el artículo 16 de la Constitución General de la República.

En la práctica es común ver que el Ministerio Público le basta que alguna de las partes le solicite el testimonio de alguien para acceder a su petición y enviarle la cédula citatoria correspondiente sin que exista de por medio el señalamiento de la relación de causalidad entre el testigo que se requiere y el hecho presuntamente delictuoso; es decir, si lo presenció o tiene algún dato respecto a la persona o cómplices del delincuente; o bien, si puede proporcionar alguna información relacionada con la inexistencia del delito; lo que me parece incorrecto ya que ello solo generaría la posibilidad de que las partes pudieran hacer comparecer a través de la autoridad a cualquier persona de acuerdo a la conveniencia de sus pretensiones.

Insisto, en la solicitud verbal o por escrito debe exponerse la causa por la cual consideran que determinado individuo tiene la calidad de testigo -de cargo o de descargo- para el efecto de que el Ministerio Público pueda estar en aptitud de cumplir con el requisito de asentar en el acta de la declaración cuál es motivo por el que se le mandó llamar, en atención a lo que dispone el referido artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, lo que constituye también un derecho del testigo para conocer sobre lo que se le pretende interrogar y no omita manifestar hecho alguno respecto ello so pena de incurrir en delito Vid. Infra p. 219-228; y de saber si tiene algún impedimento legal para hacerlo de acuerdo con lo previsto por el diverso 243 del CFPP Vid. Infra p. 183.

2.- La facultad del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora para interrogar al testigo.

En México, la facultad del Ministerio Público y de la Policía Judicial Federal (ahora Policía Federal Investigadora) para interrogar al testigo, es inherente a su función investigadora del delito y del delincuente emanada del propio artículo 21 de la Constitución General de la República y se actualiza en el momento mismo en que tienen conocimiento de la posible comisión de un ilícito; lo que significa que también se deriva de lo establecido en los diversos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el acta de averiguación previa que regula la última de las disposiciones legales indicadas, y que ya han sido motivo de análisis en el capítulo VII, de este trabajo.

Un ejemplo de leyes de procedimientos penales en el mundo, es la de Colombia, en la que también existe la figura del Ministerio Público y está facultado para interrogar testigos, según lo expone Orlando Alfonso Rodríguez¹³⁵ de la siguiente forma: *“El Ministerio Público, mediante sus personeros y en cumplimiento de sus funciones legales, interviene en el proceso con el fin de lograr pronta y cumplida justicia en representación de la sociedad. Puede intervenir en todas las diligencias penales interrogando testigos.”*

Ahora bien, ¿De qué forma puede el Ministerio Público y la Policía Federal Investigadora ejercer esa facultad?, la respuesta lógica sería a través del interrogatorio que se concibe como una serie de preguntas encaminadas a obtener toda la información que tenga el testigo sobre el hecho delictuoso y de sus posibles autores y cómplices; esto último sería lo idóneo; sin embargo, en la práctica comúnmente sucede que la autoridad investigadora recurre a la forma del relato; es decir, -sin que medie pregunta alguna- se espera que el testigo diga lo que sabe y en

muchas de las veces lo hace sin un orden lógico y cronológico, lo que provoca regularmente que no sean del todo claras sino más bien confusas.

Según las ideas del autor Carlos Barragán Salvatierra¹³⁶, la entrevista es el método que se utiliza con los testigos en el lugar de los hechos por parte de la policía judicial, y lo refiere así:

“...Tanto la entrevista como el interrogatorio resultan parte complementaria en la investigación del delito y comprobación de la probable responsabilidad de una persona.

La entrevista es conversación entre dos personas y tiene por objeto recoger datos que se relacionan con la investigación para apoyar o corroborar pruebas materiales u otras fuentes de datos. Se utiliza generalmente con los testigos y en el lugar de los hechos, realizándola el agente de la policía judicial.

El interrogatorio es la serie de preguntas que se dirigen a una persona que se inculpa.

Asimismo, en materia procesal penal, el interrogatorio es el conjunto de preguntas formuladas sistemáticamente, las cuales se hacen al inculpado en relación con los hechos...”

Como se ve, Barragán Salvatierra se refiere a la entrevista como la conversación entre dos personas —obviamente entre el agente policiaco y el testigo— con el objeto de obtener datos relacionados con los hechos que en ese momento se están investigando; sin embargo, es claro que no se está refiriendo propiamente a la declaración testimonial sino que sus comentarios más bien se refieren a los informes de policía, que son considerados como prueba documental tal y como lo vimos en el capítulo VII, de esta investigación.

En otras palabras, la entrevista no podrá ser considerada como un medio de convicción obtenido con la formalidad que implica la testimonial que se regula del artículo 240 al 257 del Código Federal de Procedimientos Penales; por lo tanto, sólo

¹³⁵ Orlando Rodríguez Alfonso. Op. cit. 12 p.

¹³⁶ Carlos Barragán Salvatierra. Op. cit. 279-281 ps.

sería considerada como parte del contenido del documento que constituye el informe de la policía.

Pero además, no podemos dejar de considerar que en el capítulo VIII quedó establecido que la Policía Federal Investigadora sí está en aptitud de recabar las declaraciones de los testigos porque es una de las diligencias de averiguación previa que puede encomendarle el Ministerio Público mediante una instrucción por escrito y atendiendo a las circunstancias especiales del caso, por tratarse de un órgano auxiliar en la función de aquel; pero necesariamente tendrá que ser con las formalidades de la prueba testimonial, pues de otro modo, sólo estaríamos en el caso de informes de la policía; es decir, el documento como tal.

El mismo autor Carlos Barragán Salvatierra cuando realiza el estudio de la prueba testimonial dice que las formas de interrogar pueden ser con base en narraciones o por una serie de preguntas y respuestas; y explica en que consiste cada uno en los siguientes términos:

“Los interrogatorios también podrán hacerse en el lugar de los hechos del delito en casos urgentes, o cuando los participantes del delito estén presentes, y el delito acaba de cometerse.

Las formas de interrogar pueden ser con base en narraciones o por una serie de preguntas y respuestas.

La narración es un método o forma de interrogar que consiste en dejar que el sujeto cuente la historia a su manera, es decir, hay que dejarlo hablar libremente. Dicho método se basa en el supuesto de que el sujeto estará dispuesto a externar la verdad. Pero el interrogador deberá observar con sentido crítico todas las circunstancias y todas las palabras, debe registrar las acciones o expresiones que circunden la exposición del interrogado.

La serie de preguntas y respuestas, se dirigen de la siguiente manera:

1. Hacer preguntas precisas, breves y concretas.
2. Hacer una pregunta a la vez.
3. Evitar que la contestación vaya implícita con otra pregunta.
4. No emplear palabras repulsivas.
5. No prolongar la fase de interrogatorio una vez terminado.”

No obstante la opinión del autor mencionado, en mi criterio, no existe en la Ley –particularmente en el Código Federal de Procedimientos Penales- el método de examinar testigos mediante la narración y dejarlo que cuente su historia a su manera.

Por el contrario, del contenido del artículo 127 bis, del CFPP, se deduce que la forma de interrogar al testigo o al indiciado, según sea el caso, es a través del interrogatorio mediante la formulación de preguntas y respuestas, al establecer dicho dispositivo legal:

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

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

Respecto a lo anterior podemos comentar que, si desde el momento mismo en que se tenga conocimiento de la comisión del delito, el Ministerio Público de la Federación y la Policía Federal Investigadora tienen la facultad de examinar a los testigos presentes, en el acta de averiguación previa a que se refiere el artículo 124 del Código Federal de Procedimientos Penales; y si tomamos en cuenta que las declaraciones que se recaben con base en lo que dispone este último numeral, son consideradas por el mencionado 127 bis de igual Código, que prevé que el abogado que asista al declarante en su declaración podrá impugnar las preguntas que se le hagan si son inconducentes o contra derecho; quiere decir entonces, que la única forma de examinar al testigo en la fase indagatoria, es mediante el interrogatorio consistente en la pregunta que haga la autoridad investigadora y la respuesta dada por el interrogado, pues sólo así, se podría dar cumplimiento al último de los artículos mencionados.

Es evidente que si se recurre al método del relato libre del testigo -sin preguntas de por medio- ello dificultaría la asistencia del abogado al declarante, pues

no tendría la oportunidad de conocer la intención del Ministerio Público sobre lo que en específico pretende saber del testigo; y por ende, objetar en su caso las preguntas que a su juicio sean inconducentes o contra derecho.

Además, pienso que el interrogatorio de la autoridad investigadora le proporciona seguridad jurídica al testigo en el sentido de que de esta manera legalmente se puede considerar que el declarante dijo todo lo que sabe sobre los hechos delictuosos, puesto que lógicamente el Representante Social lo tendrá a su disposición por el todo el tiempo que sea necesario interrogarlo.

Caso contrario sucedería mediante el método de la narración porque en éste puede suceder que el testigo sin dolo alguno no recuerde en el momento de su deposición algunos datos o accidentes del hecho; lo que podría generar que posteriormente el Ministerio Público considere que le ocultó información o faltó a la verdad y le inicie ahora una averiguación al declarante por el delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad, a que se refiere el artículo 247 del Código Penal para el Distrito Federal¹³⁷, que será motivo de estudio en el capítulo XII Vid. Infra p. 228.

En atención a lo anterior, en mi opinión, es función del abogado que asista al testigo en su declaración exigir al Agente Ministerio Público que interroque al testigo mediante las preguntas que él considere necesarias para que de esta manera se evite que el testigo pueda incurrir en alguna omisión que posteriormente le podría generar consecuencia respecto a su persona como lo sería ser considerado indiciado del delito antes citado; o incluso autoincriminarse lo que le provocaría pasar de testigo a inculpado en su propia declaración.

También es común que en la práctica de las diligencias sobre las declaraciones de los testigos concluyan con la siguiente frase *“Que es todo lo que el*

declarante tiene que decir", arrojando al testigo la responsabilidad de que al Ministerio Público se le dijo todo lo que sabe; lo que me parece contradictorio con la función de tal Institución porque es a ésta a quien le interesa conocer la información que posee; por lo que es a la que le corresponde interrogar y al finalizar el acta asentar "*Que es todo lo que tiene que interrogar el Ministerio Público*"; y así de esta manera si en un momento dado se considerara que al testigo no se le interrogó sobre algún aspecto determinado, en todo caso, se le cite nuevamente para que aclare dicho punto, pero de ninguna manera se le podrá imputar que dolosamente ocultó información porque ello se descarta al haber estado sometido al cuestionamiento de la autoridad investigadora, quien se supone lo examinó en forma completa.

3.- ¿Sobre qué debe versar el interrogatorio al testigo?

Este cuestionamiento resulta importante para el análisis que se pretende del artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, respecto al derecho del testigo de contar con la presencia de un abogado que lo asista en su declaración, pues de acuerdo con el texto del mencionado numeral es necesario considerar qué preguntas son inconducentes o contra derecho; conceptos que serán motivo de estudio en el capítulo XIII Vid. Infra ps. 247-250.

Por esa razón, en mi opinión, debe precisarse cuáles son las preguntas legales que deben hacerse al testigo y de las cuales éste tiene la obligación ineludible de contestar en su declaración, no obstante estar asistido por un experto en derecho, ya que éste tiene como límite de su intervención el de impugnar sólo aquellas interrogantes que sean inconducentes o contra derecho; pero no podrá producir ni inducir las respuestas de su asistido.

¹³⁷ Op. cit. 107-108 ps.

Guillermo Colín Sánchez¹³⁸, en su estudio sobre la declaración del probable autor del delito, establece:

“Es importante llevar a cabo el interrogatorio tomando como bases esenciales del mismo los aspectos positivos o negativos del delito. De esta manera, se formularán las preguntas, en tal forma que conduzcan a precisar si existen los siguientes elementos:

- 1º) Conducta (acción u omisión)...
- 2º) Tipicidad (adecuación de la conducta o hecho al tipo penal preestablecido)...
- 3º) Antijuridicidad (si actuó con violación del derecho)...
- 4º) Imputabilidad (capacidad de entender y de querer)...
- 5º) Inimputabilidad (ausencia de la capacidad de entender y de querer)...
- 6º) Culpabilidad, en cualquiera de sus formas (dolo o culpa)...
- 7º) Inculpabilidad (ausencia de culpabilidad ...)
- 8º) Punibilidad (consecuencia del delito)...

En el análisis del referido autor también se refiere al testimonio y lo indica de la siguiente manera:

“...Para asegurar la espontaneidad y la sinceridad (por lo menos en teoría) de las contestaciones a las preguntas formuladas, se evitará sean sugestivas o capciosas. Naturalmente toda pregunta dependerá de la naturaleza del asunto en cuestión; ***sin embargo, es necesario tener presente que se está investigando un delito, quién lo cometió y bajo qué circunstancias. De ahí que se deba inquirir, hasta donde sea posible sobre los elementos del delito, los elementos del tipo y el autor de la conducta o hecho.***”

En el mismo sentido se expresa Carlos Barragán Salvatierra, al establecer: *“Es importante llevar a cabo el interrogatorio a partir de los elementos positivos o negativos del delito;...”*

Al respecto Carlos Franco Sodi¹³⁹ dice: *“(...) En general la declaración del testigo debe referirse, como ya lo expuse, al delito y sus circunstancias, sus*

¹³⁸ Guillermo Colín Sánchez. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 7ª ed. Ed. Porrúa, México, 1981. 332, 333 y 361 ps.

¹³⁹ Carlos Franco Sodi. Op. cit.

antecedentes o consecuencias, y al daño causado, así como puede y debe referirse también a la persona del o de los imputados y del o de las víctimas.”

Por su parte, Manuel Rivera Silva¹⁴⁰ refiere: *“Después de asentadas las generales y los otros datos mencionados, principia el testimonio en estricto sentido, o sea, el relato de todo lo que se sabe vinculado con el delito, sus circunstancias o las personas que en él intervinieron.”*

Las opiniones de los destacados tratadistas mencionados, coinciden en que el interrogatorio que se haga al testigo deberá versar invariablemente sobre los elementos del delito y la persona del delincuente.

Sin embargo, en mi concepto, para establecer la materia sobre lo que debe versar el interrogatorio al testigo, es indispensable tomar en cuenta la definición que se ha dado sobre dicho personaje en el capítulo III, a fin de encuadrar qué tipo de cuestionamientos son idóneos y legales en su declaración; por lo que me permito reproducir los razonamientos vertidos en el referido apartado:

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

Así las cosas, considerando tales razonamientos me atrevo a sostener que todas aquellas preguntas que le pretenda hacer la autoridad investigadora al testigo deben ser sobre hechos ajenos a su persona; es decir, no propios.

En efecto, si bien el interrogatorio podrá versar sobre los elementos del delito y del delincuente; además a todo aquello que pudiera estar relacionado con el injusto; lo cierto es; que siempre será en el sentido de que el testigo refiera hechos desligados de su persona; lo que desde mi punto de vista, es el cuestionamiento conducente y legal que debe prevalecer; y ante el cual, el testigo está obligado a responder y en caso de que un abogado lo asista en su declaración, en términos de lo que dispone el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y pretenda impugnar este tipo de preguntas, el Ministerio Público deberá desechar su solicitud porque en este sentido el testimonio no puede ser materia de una abstención y si lo hace se arriesga a que su asistido sea acusado de desobediencia a un mandato de autoridad.

El problema se presenta cuando el Representante Social intenta interrogar al testigo sobre hechos propios; es decir, que su intención es descubrir su probable participación en la conducta delictiva, lo que en mi opinión, es un cuestionamiento inconducente porque no es idóneo al carácter de testigo que tiene el declarante, quien en todo caso debe ser cuestionado sobre actos desligados de su persona; o sea, que relate un hecho ajeno que fue presenciado por él.

Así las cosas, una pregunta contra derecho o ilegal, sería aquella que tiene la intención de obtener como respuesta el reconocimiento del testigo en la comisión del delito, dado que con ello se pretende conseguir una confesión que no se ajusta a las formalidades establecidas para este tipo de prueba, cuyo valor probatorio estaría en discusión porque se obtiene bajo condiciones de confusión respecto a la situación procesal del declarante quien al ser informado que tiene la calidad de testigo cree estar obligado a responder todas las preguntas que le haga la autoridad; y esto tendría que tomarse en cuenta al valorar la actuación en el sentido de que esa

¹⁴⁰ Manuel Rivera Silva. Op. cit. 252-253 ps.

supuesta confesión fue recabada presionado por las circunstancias de sentirse comprometido a responder todo y en una apariencia legal.

4.- Facultades del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora con relación al testigo en el caso de la comisión de un delito que se persigue de oficio.

Esta actividad del Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, entre ellos, la Policía Federal Investigadora, está basada en el principio de oficiosidad que a su vez tiene su razón de ser en el interés que tiene la sociedad de que ciertos delitos sean perseguidos inmediatamente en el momento que se tenga conocimiento de ellos; así se desprende del contenido del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, como se advierte del texto del numeral en comentario, la autoridad investigadora deberá proceder de inmediato a adoptar las medidas que dicha norma procesal le indica, entre ellas, la de saber qué personas fueron testigos.

Pero su función no sólo se limita a indagar qué personas tienen la calidad de testigos, sino que además, si están presentes debe proceder a recabar su declaración; así como recabar los nombres y domicilios de los que no haya podido obtener su declaración, así se desprende del artículo 124 del CFPP.

El proceder oficioso reviste una característica sustancial consistente en que el ilícito del cual se informa a la autoridad investigadora, sea de aquellos que se persiguen de oficio; es decir, en los que el Estado es el principal interesado no solo de que se investiguen sino también de que se castiguen mediante una sentencia condenatoria.

¿Pero cuáles son esos delitos que se persiguen de oficio y que le obligan al Ministerio Público Federal y a sus auxiliares a actuar inmediatamente?

Por citar un ejemplo, mencionaré el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁴¹, que contiene un listado de delitos a los que la Ley Penal considera como graves porque afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, y son los siguientes:

“Art. 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

- 1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- 2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- 3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- 4) Terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
- 5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- 6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- 7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;
- 8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;
- 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, párrafo primero, 195 Bis, excepto cuando se trate de los casos previstos en las dos primeras líneas horizontales de las tablas contenidas en el apéndice I, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero;
- 13) Corrupción de menores o incapaces, previsto en el artículo 201; y pornografía infantil, previsto en el artículo 201 bis;
- 14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;
- 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;
- 16) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;
- 17) Falsificación y utilización indebida de documentos relativos al crédito, previsto en el artículo 240 Bis, salvo la fracción III;
- 18) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;
- 19) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

¹⁴¹ Op. cit 239-242 ps.

20) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;

21) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;

22) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

23) Secuestro, previsto en el artículo 366, salvo los dos párrafos últimos, y tráfico de menores, previsto en el artículo 366 ter;

24) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV y XVI;

25) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;

26) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;

27) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;

28) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;

29) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

30) Los previstos en el artículo 377;

31) Extorsión, previsto en el artículo 390;

32) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y

32) Bis Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.

33) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

34) Desaparición forzada de personas previsto en el artículo 215-A.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84, y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108, exclusivamente cuando sean calificados.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.”

Es obvio que no todos los delitos que se persiguen de oficio son graves, pues a lo largo del Código Penal Federal existen múltiples tipos que no tienen esa característica; sin embargo, es oportuno mencionarlos para establecer una referencia

de los casos en los que invariablemente el Ministerio Público tiene el deber de actuar en forma inmediata conforme se lo ordenan los artículos 123 y 124 del Código Federal de Procedimientos.

Sobre el tema de que se trata, el autor Rafael Pérez Palma¹⁴² apunta:

“El Ministerio Público o la Policía Judicial, ante la presencia del delito, digamos un cadáver o un lesionado en la vía pública o en el interior de una casa habitación, un paquete de drogas encontrado en el equipaje de un pasajero, un vehículo estrellado contra un semáforo o un poste de alumbrado público, no espera denuncia, ni acusación, sino que procede oficiosamente y de inmediato a la investigación del delito con objeto de asegurar sus huellas, sus vestigios, las armas e instrumentos; de ser posible, realiza las detenciones a que el caso dé lugar o práctica en lugares privados, las diligencias a que se ve obligado. De no proceder en esta forma la investigación del delito resultaría imposible, facilitaría la huida de los responsables, fomentaría la impunidad, y la sociedad o sus miembros se verían en continua inseguridad. La Iniciación oficiosa del procedimiento es pues una necesidad incuestionable, aun corriendo el riesgo de que por esa actividad, se violenten momentáneamente las garantías de libertad individual o de respeto al domicilio. No habrá quien en esos momentos piense en las órdenes escritas de la autoridad judicial, fundadas y motivadas, que justifiquen la causa legal del procedimiento, pues lo que se requiere es actuar y actuar eficazmente; lo que la sociedad exige para su propia seguridad es la intervención de sus organismos policíacos, sin miramientos y sin consideraciones legalistas.”

No estoy de acuerdo con lo que refiere el autor en relación a que en tratándose de la prosecución oficiosa se corre el riesgo de que por esa actividad se violen momentáneamente las garantías de libertad individual o de respeto al domicilio; en primer lugar, porque me parece que el comentario es ambiguo y general, pues si lo tomamos en sus términos también se correría el riesgo de caer en métodos inquisitivos que se supone quedaron atrás.

Pienso que en lugar de tratar de justificar la actuación del Ministerio Público y de la policía a efecto de que de cualquier modo logren su objetivo, deberíamos pugnar por encontrar el punto de equilibrio entre conseguir una adecuada

¹⁴² Rafael Pérez Palma. Op. cit. 322 p.

investigación del delito y del delincuente; pero además y en forma simultánea, el respeto a las garantías individuales de los gobernados. La autoridad debe estar preparada para cumplir con ambas funciones en el marco de la legalidad, ya que si aceptáramos por un momento de que en aras de la procuración de justicia se violentaran los derechos fundamentales ello sólo provocaría retroceder en el tiempo y que nuestras corporaciones policíacas no buscaran día con día nuevas formas de investigación y elementos que proporciona la ciencia para combatir y prevenir el delito, que en mi opinión, es de lo que carecen nuestras autoridades investigadoras.

Ahora bien, las facultades que tiene el Ministerio Público Federal y sus auxiliares con relación al testigo en el caso de la comisión de un delito de oficio, es la de obrar en el sentido de indagar qué personas tienen ese carácter y proceder a recabar su declaración a través del interrogatorio respectivo, por lo que, en mi opinión desde este momento de la investigación opera el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; es decir, el testigo tiene el derecho a nombrar un abogado para que lo asista en su declaración, ya que desde entonces, será objeto de preguntas por parte de la autoridad investigadora; y en esas condiciones, el experto en leyes podrá impugnar aquellas que considere inconducentes o contra derecho.

En razón de lo anterior pienso, que no obstante que está de por medio el interés social de que se persigan y castiguen ciertos tipos de conductas antijurídicas; ello no es obstáculo para que se respeten las garantías individuales y procesales que la Constitución o las leyes secundarias establezcan a favor de las personas que tengan que comparecer ante la autoridad investigadora.

Es aquí donde juega un papel importante la figura del abogado oficial porque si fuera pretexto de que si bien el testigo tiene el derecho a designar un abogado para que lo asista, y si por la celeridad con la que implica llevar a cabo las diligencias de averiguación previa; además del lugar y la hora en que se tiene conocimiento de

la comisión de un delito que se persigue de oficio, no pudiera nombrar a un letrado particular; en mi opinión, ese derecho no se puede coartar por ese motivo, ya que es de explorada justicia que siempre habrá disponible un defensor público proporcionado por el Estado, en cuyo caso no encuentro impedimento legal para que al testigo se le haga saber esa situación y esté en aptitud de hacer la designación respectiva, salvo que sea su voluntad no hacerlo, de lo que deberá quedar constancia en el acta de su declaración, dado que el artículo 127 bis en comentario, no exige que tenga que ser un abogado particular el que acompañe al declarante.

5.- Facultades del Ministerio Público Federal y la Policía Federal Investigadora con relación al testigo en el caso de la comisión de un delito que se persigue previa querella.

El segundo párrafo, del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone lo siguiente:

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

La anterior disposición legal condiciona la actividad del Ministerio Público; y en su caso, de sus auxiliares, de proceder en la forma que lo disponen los artículos 123 y 124 del CFPP, a la presentación de la querella cuando se trata de delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte legítima.

Es decir, establece un requisito de procedibilidad previo para estar en aptitud de comenzar la investigación de la posible comisión del ilícito, pues aún cuando tuviera conocimiento inmediato del hecho delictuoso, en todo caso, siempre requerirá de la presentación de la querella, escrita o verbal, de quien legalmente justifique ser la persona en la que recayeron los efectos del delito; esto es, el directamente ofendido o víctima del injusto, quien ha visto vulnerada su integridad física, su patrimonio, su honor, etc.

En el mismo sentido son las ideas del autor Rafael Pérez Palma sobre el punto tratado, pues expone: *“La excepción es el caso de los delitos privados que requieren de querrela y en los que el Ministerio Público no puede intervenir sino a petición de la parte ofendida, aunque ante él sea patente y evidente la materialidad del delito.”*

El segundo párrafo del artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, tiene relación con el diverso 113 del mismo Ordenamiento Legal, que prevé las excepciones a la procedencia oficiosa de la autoridad investigadora para indagar sobre el delito y el delincuente. Este último numeral establece lo siguiente:

“Art. 113.- El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente.”

Como se ve, la fracción I, del artículo en comentario, se refiere a que el Ministerio Público Investigador y sus auxiliares, no pueden proceder de oficio cuando se trata de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela; esto quiere decir, que resulta necesaria la presentación de la misma para que los Funcionarios Públicos encargados de la realización de la diligencias de averiguación previa, estén en aptitud legal de proceder a hacerlo.

Ahora bien, no puede pasar por alto que la excepción al principio de oficiosidad en la indagación de los sucesos antijurídicos, no sólo radica en los delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte agraviada, en cuyo caso la actividad del Ministerio Público se ve condicionada a la presentación de la querrela, sino que también, es oportuno mencionar, el supuesto jurídico establecido en la fracción II, del citado artículo 113 en estudio, en la que se dispone:

“...II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado...”

De acuerdo con lo anterior, una pregunta obligada es, ¿En qué casos la ley exige algún requisito previo, para que se pueda proceder a la investigación del delito y del delincuente?.

En el Código Penal Federal, específicamente en sus artículos 109 y 112¹⁴³, se hace alusión a requisitos previos que se tienen que cumplir antes de ejercer la acción penal. Estos dispositivos legales establecen lo siguiente:

“Art. 109.- Cuando para ejercitar o continuar la acción penal sea necesaria una resolución previa de la autoridad jurisdiccional, la prescripción comenzará a correr desde que se dicte la sentencia irrevocable.”

Art. 112.- Si para deducir una acción penal exigiere la ley previa declaración o resolución de alguna autoridad, las gestiones que con ese fin se practiquen antes del término señalado en el artículo precedente, interrumpirá la prescripción.”

Considero que estos dos numerales condicionan la actividad del Ministerio Público, porque de advertirse que para iniciar la investigación del ilícito se requiere que primeramente una diversa autoridad se pronuncie de manera irrevocable sobre una determinada cuestión, necesariamente tiene que esperar a que se de esa situación jurídica para estar en aptitud de comenzar sus funciones indagatorias.

Vamos a suponer que fallece una persona que sufrió la perpetración de un ilícito -por ejemplo- el de abuso de confianza que es de aquellos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, para lo cual, la ley exige la presentación de la querrela para iniciar la indagatoria, según se desprende de los propios artículo 113 y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales, en cuyo caso, se requiere que lo haga el directamente afectado, pero como no puede hacerlo por obvias razones, necesariamente lo tendría que hacer una diversa persona en su nombre; por lo que en este caso, es necesario que se cumpla con el requisito de promover la sucesión ante un Juez de lo Familiar para que se nombre albacea y acepte el cargo; y una vez efectuado lo anterior, este último acuda a formular la querrela respectiva.

El último párrafo del artículo 113 del CFPP, establece otra excepción a la procedencia de oficio por parte del Ministerio Público Federal para realizar la investigación de delito; sin embargo, en este supuesto el Representante Social sí tiene actividad en el momento en que se entera de la comisión de un ilícito que requiere de querrela, porque éste tiene a su cargo incitar a la autoridad de la que se necesite ese requisito para que comparezca a cubrirlo, así se desprende del artículo 4º de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que dice:

“Art.4º.- Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

(...)

Cuando el Ministerio Público de la Federación tenga conocimiento por sí o por conducto de sus auxiliares, de la probable comisión de un delito cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad, lo comunicará por escrito y de inmediato a la autoridad legitimada para presentar la querrela o cumplir el requisito equivalente, a fin de que resuelva con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público de la Federación la determinación que adopten...”

¹⁴³ Op. cit. 43-44 ps.

Así las cosas, una vez efectuado el análisis de las facultades del Ministerio Público de la federación y sus auxiliares, en tratándose del caso de los delitos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte agraviada, conviene decir, que respecto a esas prerrogativas de la autoridad investigadora con relación al testigo, necesariamente debe considerarse que mientras no se presentó la querrela o se satisfaga el requisito de procedibilidad que exija la Ley, no podrá proceder a indagar qué personas fueron testigos del hechos, como también estará impedido para citarlos y recabar su declaración; por lo tanto, en el eventual caso de que se obtuvieran las anteriores diligencias, estarían afectadas de nulidad porque se llevaron a cabo sin haber sido presentada la querrela que se requiere para el inicio de las actuaciones de averiguación previa, según lo establece el artículo 27 bis del CFPP, que a la letra dice:

“Art. 27 bis.- Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de alguna de las formalidades esenciales que prevenga la ley, de manera que se, cause perjuicio a cualquiera de las partes, así como cuando la ley expresamente determine la nulidad. Esta no podrá ser invocada por quien dio lugar a ella. La nulidad de una actuación se reclamará, por la parte que la promueva, en la actuación subsecuente en que ésta deba intervenir, y se substanciará conforme al procedimiento previsto para los incidentes no especificados. Cuando se resuelva la nulidad del acto, serán igualmente nulas las actuaciones posteriores al acto anulado que se deriven precisamente de éste. Las resoluciones que resuelvan sobre la nulidad invocada, serán apelables con efecto devolutivo.”

En tales condiciones, estimo que también es parte fundamental de la asistencia legal al testigo, el hecho de que el abogado advierta si la investigación se realizan en base a un delito que se persigue de oficio o instancia de parte, porque si se diera el caso de el Ministerio Público está actuando respecto a hechos delictuosos de los cuales se requiere la querrela y ésta no ha sido presentada, el interrogatorio que se pretenda hacer a su asistido tendría el carácter de ser contra derecho, puesto que esa actividad del Representante Social está fuera del marco de la ley, al estar investigando sin haberse colmado previamente el requisito de procedibilidad

mencionado, en términos de lo que disponen los artículos 113 y 123 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales establece los diversos derechos que goza el testigo. El artículo 123 del Código Federal de Procedimientos Penales establece que el testigo debe declarar ante el Ministerio Público de oficio, pero que si no lo hace por falta de fundamento de su asistencia legal, ya sea por el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales o por el artículo 177 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el testigo debe ser asistido por un abogado nombrado por el Ministerio Público. En consecuencia, es importante que para que pueda ejercer adecuadamente sus derechos establecidos en la ley, es importante que antes de su declaración, el testigo conozca y entienda por sí mismo y cada uno de los derechos que el testigo goza de acuerdo con la ley. Además de haberse enterado de los derechos que le resultan de haber sido llamado a declarar, el testigo podrá hacer tal declaración.

El artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

El testigo o el testigo que se encuentra establecido en el tercer párrafo del artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales:

1. Tendrá el derecho de ser asistido en el acto por separado,

2. Tendrá el derecho de ser asistido por un abogado de su confianza o de la confianza del defensor y en su caso, la persona de su confianza o de la confianza del defensor, sin que esto último implique exigencia alguna de ser abogado, los partes y los testigos firmarán el calce del acta en el momento de haberse leído el contenido que tuvieron parte y al margen de cada una de las páginas del acta se hará constar el nombre de cada uno de los testigos y el nombre de cada uno de los defensores. Si no pudieren firmar, imprimirán el calce y el nombre de cada uno de los testigos y el nombre de cada uno de los defensores, debiéndose indicar en el acta el nombre de cada uno de los testigos y el nombre de cada uno de los defensores.

3. Tendrá el derecho de ser asistido por un abogado de su confianza o de la confianza del defensor, si no pudieren firmar, imprimirán el calce y el nombre de cada uno de los testigos y el nombre de cada uno de los defensores.

4. Tendrá el derecho de ser asistido por un abogado de su confianza o de la confianza del defensor, si lo estima conveniente, imprimirán el calce y el nombre de cada uno de los testigos y el nombre de cada uno de los defensores.

5. Tendrá el derecho de ser asistido por un abogado de su confianza o de la confianza del defensor, si lo estima conveniente, imprimirán el calce y el nombre de cada uno de los testigos y el nombre de cada uno de los defensores.

* Véase el artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, Código de Procedimientos Penales, Ley del Fedep.

X.- DERECHOS DEL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Decidí buscar en la Ley Procesal Penal en estudio, los diversos derechos que el testigo puede ejercer antes y durante su declaración ante el Ministerio Público de la Federación, pues considero que es parte fundamental de su asistencia legal, ya que si bien del contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, se desprende que el derecho a ser asistido por un abogado nombrado por él, es durante su testimonio; lo cierto es, que para que pueda ejercer adecuadamente esa facultad que le concede la ley, es importante que antes de su declaración, el experto en leyes le informe sobre todos y cada uno de los derechos que el testigo tiene durante su deposición. Además de hacerle saber los deberes que le resultan de tal status, dado que una vez en desarrollo la diligencia no podrá hacer tal intervención.

1.- El derecho del testigo a no firmar la declaración.

Este derecho del testigo se encuentra establecido en el, tercer párrafo, del artículo 22 del CFPP¹⁴⁴, que dice:

“Art. 22.- Cada diligencia se asentará en acta por separado.

El inculpado, su defensor y en su caso, la persona de su confianza que, el inculpado puede designar, sin que esto último implique exigencia procesal, el ofendido, los peritos y los testigos firmarán al calce del acta en que consten las diligencias en que tomaron parte y al margen de cada una de las hojas donde se asiente aquélla. Si no pudieren firmar, imprimirán al calce y al margen, la huella de alguno de los dedos de la mano, debiéndose indicar en el acta cuál de ellos fue.

Si no quisieren o no pudieren firmar ni imprimir la huella digital, se hará constar el motivo.

El Ministerio Público firmará al calce y, si lo estima conveniente, también al margen.

Si antes de que se pongan las firmas o huellas los comparecientes hicieron alguna modificación o rectificación, se hará constar inmediatamente,

¹⁴⁴ Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales. Op. cit. 188 p.

expresándose los motivos que dijeron tener para hacerla. Si fuere después, pero antes de retirarse los interesados se asentará la modificación o rectificación en acta que se levantará inmediatamente después de la anterior, y que firmarán los que hayan intervenido en la diligencia.

Como se ve, puede suceder que el testigo no quiera firmar el acta en la que consta su declaración, pues así se desprende de la frase “*Si no quisieren...*”; es decir, el acto de suscribirla o no, dependen del declarante. ¿Pero cuáles pueden ser las causas por las cuales puede suceder que el testigo no quiera signar su declaración?. En mi opinión, esto puede acontecer por múltiples razones, y sólo como ejemplo, me permito señalar el siguiente:

Tradicionalmente la abstención de firmar una actuación se considera como señal de inconformidad de quien declara, incluso en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León, se prevé como una manifestación de la voluntad en el sentido de que no se está conforme con el contenido de una resolución, como lo prevé su artículo 376 en el que dispone que si el reo manifiesta su inconformidad, si se niega a firmar o estampar sus huellas digitales, esto se entenderá que no está de acuerdo con la decisión que se le notifica y en ese caso, debe tenerse por interpuesto el recurso que proceda.¹⁴⁵

En el caso de los testigos, los artículos 250 y 254 del CFPP¹⁴⁶, disponen respectivamente que:

“Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo”.

“Concluída la diligencia se leerá al testigo su declaración o la leerá él mismo, si quisiere, para que la ratifique o la enmiende, y después de esto será firmada por el testigo y su acompañante si lo hubiere.”

¹⁴⁵ Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León. Op. cit. 214 p.

¹⁴⁶ Op. cit. 254 p.

Así las cosas, atendiendo al contenido de los numerales en comentario necesariamente tengo que considerar que algunas de las causas por las cuales el testigo decidiera abstenerse de firmar su declaración, es por el hecho de que no se hayan usado sus palabras y la autoridad no haya accedido a corregir el acta; o bien, porque no se le permitió dictar o escribir su relato de los hechos, o enmendarla; actos todos ellos, que atentan contra la voluntad del declarante y que en un momento determinado lo pudieran llevar a decidir no suscribir la actuación por su evidente inconformidad con ésta.

Ahora bien, también tengo estimar que la función investigadora del Ministerio Público y de sus auxiliares no puede verse interrumpida por la apreciación del testigo en el sentido de que no está de acuerdo con el contenido de su declaración, siempre y cuando respeten en todo momento los derechos que a favor de éste último establece los artículos 250 y 254 del Código de Procedimientos Penales y se asiente en el acta el motivo por el que no quiso firmarla, pues de lo contrario, dicha actuación ministerial sería nula de acuerdo con el artículo 27 bis de igual Ordenamiento Legal¹⁴⁷.

En tales condiciones, por las razones antes apuntadas, considero que es un derecho del testigo no firmar el acta que contiene su declaración cuando ésta no se levanta de acuerdo con las formalidades legales, dado que en todo caso, debe aparecer lo más espontánea posible sin que se vea empañada por alguna manifestación de inconformidad por parte del declarante o del abogado que en su caso lo asista, ya que debe recordarse que la participación del testigo puede traerle como consecuencia la comisión de un delito; por lo que con mayor razón se le debe permitir que ejerza en el acto de su declaración todos los derechos que la ley establece a su favor, pues sería sumamente grave que no se le permitiera leer el acta -por ejemplo- eliminando con ello la posibilidad de que la pudiera enmendar; y luego se le pretendiera acusar de falsedad.

2.- El derecho del testigo a leer el acta de su declaración y hacer modificaciones o rectificaciones antes de firmarla.

El quinto párrafo, del artículo 22 del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone: *“Si antes de que se pongan las firmas o huellas los comparecientes hicieren alguna modificación o rectificación, se hará constar inmediatamente, expresándose los motivos que dijeron tener para hacerla.”*

Esta disposición legal revela el derecho del testigo a enmendar su declaración antes de que firme el acta o ponga sus huellas digitales, esta rectificación quedará asentada en la secuencia del texto de la misma diligencia, así como las razones que tuvo para hacerla.

En mi opinión, se deberá asentar también por parte de la autoridad investigadora que el testigo leyó el acta y hace la enmienda de una manera espontánea; es decir, sin que haya sido asesorado por el abogado que lo asiste o por cualquier otro motivo, pues debemos recordar que ningún factor podrá incidir en las respuestas dadas por el declarante, conforme al propio artículo 127 bis del CFPP.

3.- El derecho del testigo a hacer modificaciones o rectificaciones después de firmada su declaración, pero antes de retirarse.

En el mismo quinto párrafo, del artículo 22 del Código Federal de Procedimientos Penales, se prevé el derecho del testigo a enmendar su declaración después de que haya firmado; pero para que pueda ser admitida es necesario que el testigo la haga antes de retirarse del local de la Agencia, no sólo él sino todas aquellas personas que hayan tenido intervención en la diligencia, pues claramente dispone el precepto legal en comentario, *“antes de que se retiren los interesados”*.

¹⁴⁷ Op. cit. 190 p.

Es obvio que la ley prevé esta situación en atención a que una vez que se haya retirado el testigo y posteriormente vuelve ante la autoridad a manifestar que desea hacer alguna rectificación de su declaración, también es diáfano que se presuma fundadamente que recibido algún asesoramiento o haya tenido alguna reflexión para desviar el sentido de lo hechos.

En este supuesto también pienso que el Ministerio Público debe asentar en el acta la espontaneidad con la que el testigo solicita la enmienda de su declaración antes de retirarse del lugar, lo que deberá cuidar el Representante Social en el sentido de que constate que no haya tenido contacto alguno con su abogado asistente u otra persona que pudiera haber influido en su decisión.

4.- El derecho del testigo a nombrar un traductor cuando no hable o no entienda el idioma español.

Puede suceder que el testigo que presencié el hecho delictuoso no hable o no entienda suficientemente el idioma español, en cuyo caso, se le deberá hacer saber que tiene derecho a nombrar un traductor para que lo asista en la declaración; y en caso de que no lo haga, oficiosamente se le deberá designar a uno o varios, según lo requieran las circunstancias del asunto.

También puede acontecer que la persona provenga de algún grupo étnico de los que existen en nuestro País o porque no, de alguna otra de nuestras naciones hermanas del orbe, en los que comúnmente hablan sus propios dialectos y algunas veces lo hacen con una mezcla del idioma de su respectiva Nación; por lo tanto, en estos casos también deberá hacerse el nombramiento de un traductor.

Sobre la función del intérprete el autor Carlos Franco Sodi¹⁴⁸, dice: *“Esta prueba tiene lugar cuando hay necesidad de traducir el idioma usual el particular empleado por alguna persona que con cualquier carácter declare en el proceso. Tal es el caso del testimonio de extranjeros que ignoran el español, de sordo-mudos que se expresan mímicamente, etc. En esos casos semejantes se designan personas conocedoras del idioma mímico o extranjero de que se trata, y del idioma nuestro, que hacen la versión a este último de lo dicho en el otro. Estas personas se llaman intérpretes.”*

Desde el punto de vista de la ley, esto se advierte del contenido del artículo 28 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁴⁹, que dice:

“Art. 28.- Cuando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio, uno o más traductores, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes, podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el traductor haga la traducción.
Cuando no pudiere ser habido un traductor mayor de edad, podrá nombrarse a un menor que haya cumplido quince años.”

El numeral en estudio se refiere al idioma castellano; sin embargo, debo apuntar que el primero (castellano) fue considerado en la antigüedad como el idioma oficial de España y de la América Hispana, pero en la actualidad a pasado a ser sólo una reminiscencia; siendo lo correcto considerar al español como la lengua que se habla en México; por lo tanto, se debería ponderar en una reforma la sustitución del vocablo citado.

En esta hipótesis normativa también se contempla el derecho del testigo a escribir su declaración en el idioma que domina, la que también invariablemente será motivo de traducción al español.

¹⁴⁸ Carlos Franco Sodi. Op. cit. 267 p.

Ahora bien, una característica que debe reunir el traductor es que sea mayor de edad y si no se cuenta con alguien así, podrá nombrarse a un menor de edad siempre y cuando justifique tener quince años al día de la diligencia.

Este es un clásico ejemplo de asistencia al testigo, pues el traductor coadyuva con el declarante a que su deposición sea lo más fiel posible a lo que se ha querido decir.

No pasa desapercibido que este derecho también se establece para el inculcado, el ofendido y los peritos; sin embargo, en el tema de que se trata nos interesa lo concerniente al testigo.

5.- El derecho del testigo a nombrar un intérprete cuando fuere sordomudo.

El deber que se tiene de rendir declaración en calidad de testigo sobre los sucesos presuntamente delictivos, es llevada al extremo por el artículo 31 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁰, pues de acuerdo con este numeral una incapacidad física, como lo es la sordomudez no impide que se cumpla con tal exigencia. Dicho numeral prevé:

“Art. 31.- Si el inculcado, el ofendido o algún testigo fuere sordomudo, se le nombrará como intérprete a una persona que pueda comprenderlo, siempre que sea mayor de catorce años; y en este caso se observará lo dispuesto en los artículos anteriores.

Este es otro ejemplo de asistencia al testigo en su declaración, y cuyo antecedente se remota a la antigüedad, pues recuérdese que en el capítulo I, Vid

¹⁴⁹ Op. cit. 190 p.

¹⁵⁰ Op. cit. 191 p.

Supra p. 5, vimos que en el derecho procesal español, específicamente en el artículo 3º, del real decreto de 11 de septiembre de 1820, ya se establecía una disposición en este sentido.

También en nuestros antecedentes legislativos mexicanos, encontramos la figura del intérprete en la declaración del testigo, tales son los casos, de los artículos 84 y 86, del Código de Procedimientos Penales del 15 de mayo de 1880, que analizamos, en el capítulo II, Vid Supra p. 15.

Así las cosas, podemos afirmar que el derecho del testigo a hacer asistido por un intérprete en su declaración cuando sea sordomudo se ha mantenido plasmado en nuestras leyes hasta nuestros días.

A diferencia de lo que se establece en el artículo 28 del CFPP, en el sentido de que el traductor deberá ser una persona mayor de edad, y en caso de que no se den estas condiciones, podrá ser un menor de edad que haya cumplido quince años; el diverso 31 en estudio, sólo exige que el intérprete sea una persona mayor de catorce años; es decir, baja el rango de la edad seguramente para tener más posibilidades de que se desahogue la prueba, ya que es mucho más difícil encontrar un intérprete que a un traductor.

6.- El derecho del testigo a impugnar el medio de apremio.

La facultad del Ministerio Público de la Federación para hacer cumplir sus determinaciones a través de los medios de apremio en la averiguación previa, está contemplada en el artículo 44 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵¹, que es del tenor siguiente:

¹⁵¹ Op. cit. 193. p.

“Art. 44.- El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio:

I.-Multa por el equivalente a entre uno y treinta días de salario mínimo, vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingreso;

II.-Auxilio de la fuerza pública; y

III.-Arresto hasta de treinta y seis horas.”

Así las cosas, partiendo de la base de que el testigo está obligado a declarar respecto a los hechos que la autoridad investigadora indaga, tal y como lo dispone el diverso 242 del CFPP, necesariamente se tiene que estimar que una vez que el Representante Social ha decidido citar a un persona como testigo para que informe lo que sabe sobre el delito, obviamente en una resolución fundada y motivada, si no acude a la primera citación sin causa justificada, el Juez ordenará que sea presentado a declarar (Recuérdese que el artículo 242 también lo puede aplicar el MPF por disposición expresa del 132 del CFPP); y esto último puede tener como consecuencia que sea compelido a hacerlo a través de los medios de apremio que enumera el artículo 44 del Código Federal de Procedimientos Penales.

“Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desechamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. ***Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.***

Si bien es cierto, que al testigo se le considera como un tercero extraño a la controversia, porque en esencia declara sobre hechos ajenos y no propios, en mi opinión, no por esa situación procesal queda inerte ante los actos de la autoridad que lo ha requerido, pues en su calidad de gobernado y de sujeto susceptible de que sean vulneradas su garantías individuales, está en aptitud de recurrir al juicio de amparo para combatir -si así lo considera- la resolución que ordena el medio de

apremio en su contra, ya sea porque la considere inconstitucional; o bien, por cuestiones de forma.

Mucho se ha debatido con relación a la procedencia del juicio de amparo indirecto en contra de los actos del Ministerio Público de la Federación concernientes a la integración de la averiguación previa, tal es el caso de la siguiente tesis:

“AVERIGUACIÓN PREVIA, CONTRA LAS DILIGENCIAS TENDENTES A INTEGRARLA, ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO. El artículo 21 constitucional en lo atinente, dispone que el Ministerio Público está facultado para llevar a cabo aquellas diligencias necesarias para esclarecer posibles hechos delictuosos y, en su caso integrar la correspondiente averiguación previa, de ahí, que el desahogo de diligencias tendentes a su integración, no causan daño o perjuicio a la persona contra la que se iniciaron las investigaciones, por ser de orden público, según lo establece el máximo ordenamiento legal del país; siempre y cuando en ellas no se ordene que se le prive de su libertad, posesiones o derechos. En razón de lo anterior, es improcedente el juicio de garantías en que se señalen como acto reclamado tales diligencias ministeriales.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 542/95. Miguel Castillo Fierro. 3 de noviembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Norma Fiallega Sánchez. Secretaria: Paulina Negreros Castillo.”¹⁵²

Sin embargo, como puede verse del precedente transcrito, en éste se señala que el desahogo de diligencias tendentes a integrar la averiguación previa, no causan daño o perjuicio a la persona contra la que se iniciaron las investigaciones por ser de orden público; es decir, se refiere al inculpado; pero luego hace una excepción cuando dice “...*siempre y cuando en ellas no se ordene que se le prive de su libertad, posesiones o derechos...*”; o sea en estos casos sí procede el juicio de amparo indirecto cuando se ven amenazados los derechos indicados.

¹⁵² Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Tomo III, enero de 1996. Tesis VI. 3°. 8 P. 264 p.

Por otro lado, también existe el criterio de que el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad cuando actúa en la integración de la indagatoria, según se desprende de la siguiente tesis:

Novena Época

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Junio de 1996

Tesis: VI.2o.74 P

Página: 873

“MINISTERIO PUBLICO. ES AUTORIDAD EN LA AVERIGUACION PREVIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Conforme a los artículos 16 párrafos quinto y séptimo, 20 fracción II y 21 constitucionales y por los diversos 56 a 73 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, el Ministerio Público, dentro de la averiguacion previa actua como autoridad, en su calidad de órgano persecutor de los delitos; en tal virtud, considerando al Código de Defensa Social de la entidad federativa mencionada como un conjunto de normas generales, de observancia obligatoria, su aplicación no es exclusiva de la autoridad judicial, motivo por el cual el artículo 90 del último ordenamiento legal citado, que establece: "Cuando con motivo del tránsito de vehículos se cometiere algún delito, esos vehículos no se devolverán hasta que se haya cubierto o garantizado la reparación del daño.", es evidente que faculta tanto al Ministerio Público en la averiguación previa como a la autoridad judicial en el proceso correspondiente, para ordenar la devolución de los vehículos que han sido puestos a su disposición, siempre y cuando se actualice la hipótesis a que se refiere la disposición legal transcrita.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 219/96. Baldomero Méndez Ortigoza. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.”¹⁵³

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de Amparo, establece: “Es autoridad responsable la que dicta, promulga, publica, ordena, ejecuta o trata de ejecutar la ley o el acto reclamado.”

· El Doctor Valdemar Martínez Garza¹⁵⁴, en su libro “La autoridad responsable en el juicio de amparo en México.”, hace una importante crítica cuando sostiene que la abstención indebida del Ministerio Público a ejercer la acción penal, es violatoria de las garantías individuales de la víctima del delito, y lo expone de la siguiente manera:

“...El Ministerio Público, como órgano eminentemente técnico, debe obrar de modo justificado y no arbitrario; por ello el no ejercer la acción penal de manera indebida e ilícita, viola la garantía de audiencia contenida en el artículo 14 de la Carta Magna, puesto que el sujeto pasivo del delito, sin ser oído y vencido en el juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, está siendo privado de sus derechos por el Fiscal, en la fase de averiguación previa...”

Todo lo anterior me permite establecer que el Ministerio Público es autoridad responsable para los efectos del juicio de amparo, en la fase de averiguación previa, porque sus actos son susceptibles de violar garantías; y así las cosas, regresando al tema de los testigos, en mi opinión, éstos pueden acudir ante la Justicia Federal a demandar el amparo en contra de actos del Representante Social cuando se trate de la aplicación inminente de alguno de los medios de apremio ya señalados, pues debe tomarse en cuenta que la multa perjudicaría su patrimonio, la fuerza pública su libertad ambulatoria al tener que ser trasladado el testigo ante el Fiscal para que declare, y el arresto obviamente priva al sujeto de su libertad personal por el término de 36 horas; lo que significa que todas estas actuaciones lesionan derechos fundamentales del gobernado; por lo tanto, pienso que está en aptitud de impugnarlo a través del citado medio extraordinario de defensa.

¹⁵³ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Tomo III, Junio de 1996. Tesis VI.2º.74 P. 873 p.

7.- El derecho del testigo a no comparecer ante el Ministerio Público Federal por enfermedad o imposibilidad física que le impida el traslado.

Este supuesto representa una excepción al deber de comparecer a la oficina del Agente del Ministerio Público para rendir declaración, pues si el testigo padece una enfermedad o imposibilidad física que le impida trasladarse al local de la Agencia, el Fiscal podrá trasladarse al sitio en donde se encuentre para recabar su testimonio, siempre y cuando esté en el lugar de residencia del Representante Social, así se desprende de los artículos 73 y 244 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁵, que dicen:

“Art. 73.- Con excepción de los altos funcionarios de la Federación, toda persona está obligada a presentarse ante los tribunales y ante el Ministerio Público cuando sea citada, a menos que no pueda hacerlo porque padezca alguna enfermedad que se lo impida, o tenga alguna otra imposibilidad física para presentarse.”

“Art. 244.- Si el testigo se hallare en el lugar de la residencia del funcionario que practica las diligencias pero tuviere imposibilidad física para presentarse ante él, dicho funcionario podrá trasladarse al lugar donde se encuentre el testigo para tomarle su declaración.”

Ahora bien, en mi criterio, es necesario que el testigo le pruebe al Agente del Ministerio Público el estado de enfermedad que padece, la que no puede ser cualquiera, ya que en todo caso, deberá ser alguna que le impida el traslado a la oficina del Fiscal; o bien, alguna otra imposibilidad física que igualmente no le deja acudir ante la presencia del Representante Social.

Asimismo, considero que el testigo podrá probar por cualquier medio de los autorizados por la Ley de la Materia, tanto la enfermedad como alguna otra

¹⁵⁴ Valdemar Martínez Garza. *La autoridad responsable en el juicio de amparo en Mexico* 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 1999.

¹⁵⁵ Op. cit. 199 y 252 ps.

imposibilidad física que no le permite asistir a la diligencia, verbigracia, un certificado médico ratificado por el profesionista que lo suscribe en el que se haga constar la enfermedad e igualmente cuando se tiene alguna otra incapacidad corporal; etc.

8.- El derecho del testigo a ser notificado para la diligencia con 48 horas de anticipación.

El artículo 103 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁶, establece que, cuando la resolución entrañe una citación o un término para la práctica de una diligencia, se notificará personalmente con cuarenta y ocho horas de anticipación cuando menos al día y hora en que se haya de celebrar la actuación o audiencia, según se advierte de su contenido que es del tenor siguiente:

“Art. 103.- Las notificaciones se harán a más tardar el día siguiente al en que se dicten las resoluciones que las motiven.

Cuando la resolución entrañe una citación o un término para la práctica de una diligencia, se notificará personalmente con cuarenta y ocho horas de anticipación, cuando menos, al día y hora en que se haya de celebrar la actuación o audiencia a que se refiera, debiéndose tomar en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 72 de este Código, y asistiéndose de traductor si la persona por notificarse no habla o no entiende suficientemente el idioma castellano.

Para explicar este punto, es necesario precisar que el numeral citado está incluido en el capítulo XII, denominado “NOTIFICACIONES” y su contenido está relacionado con los diversos 74 y 125 del mismo Ordenamiento Legal, que refiere:

“Art. 74.- Las citaciones podrán hacerse verbalmente, o por cédula, o por telégrafo, anotándose en cualquiera de esos casos la constancia respectiva en el expediente.

La cédula se asentará en papel oficial y deberá ser sellada por el tribunal o el **Ministerio Público que haga la citación.**”

“Art. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, a las

¹⁵⁶ Op. cit. 206 p.

personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos. En el acta se hará constar quién mencionó a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.

Así las cosas, si relacionamos tales preceptos legales nos podemos dar cuenta que el artículo 103 también debe ser observado por el Ministerio Público de la Federación, pues si dicha Institución está facultada para citar al testigo conforme lo dispone el artículo 125 y esta actuación se materializa a través de la cédula a que se refiere el segundo párrafo, del artículo 74 del CFPP, resulta claro que uno de los derechos del testigo es precisamente que se le cite con 48 horas de anticipación cuando menos al señalado para la diligencia.

Sin embargo, en mi opinión, no podemos dejar de valorar que ese derecho es relativo en cuanto a que depende de las circunstancias en las que se esté desarrollando la averiguación previa, porque –por ejemplo- si se presenta el caso de que el posible autor del delito es detenido bajo la figura de la flagrancia o en casos urgentes a que se refiere el artículo 16 de la Constitución General de la República y el 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que disponen:

“Art. 16.- Nadie puede ser molestado...

(...)

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”

“Art. 194 bis.- En los casos de delito flagrante y en casos urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, quien transcurrido dicho plazo, deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse respecto de los delitos a que se refiere la ley federal en materia de delincuencia organizada.”

Así las cosas, en esos supuestos debemos recordar que el Fiscal sólo tiene cuarenta y ocho para decretar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad

judicial; lo que quiere decir, que el Representante Social tendrá que efectuar las diligencias necesarias que le permitan decidir en un sentido o en otro dentro de dicho plazo, en el que generalmente se toman las declaraciones de los testigos de acuerdo con lo previsto por los numerales 123 y 124 del Código Federal Adjetivo Penal.

Luego entonces, bajo esas circunstancias considero que el derecho del testigo a que se le notifique de la cita para la diligencia con cuarenta y ocho horas de anticipación, no puede ser alegado en los casos en que la indagatoria se está integrando con detenido o en situaciones urgentes, porque en estos supuestos se está en presencia de una excepción y prevalece la garantía de la persona privada de la libertad consistente en que se le debe resolver su situación en el perentorio plazo de cuarenta y ocho horas; lo que significa que a lo más, el testigo sería citado para el día siguiente al en que sucedieron los hechos delictuosos tomando en cuenta la hora en que se cometió y en la que fue capturado el indiciado.

Además, aún cuando se estuviera en el caso de delincuencia organizada en el que se duplica dicho término; es decir, por otras cuarenta y ocho horas más, de cualquier modo sigue teniendo la característica de lo apremiante del tiempo para resolver la averiguación previa.

Por tanto, estimo que ese derecho del testigo sólo tendría lugar cuando no se está en los supuestos de la flagrancia o del caso urgente.

9.-El derecho del testigo a que se asiente en el acta quién fue la persona que lo mencionó o el motivo por el cual se le citó.

Considero que es un derecho del testigo saber qué persona fue la que lo mencionó con ese carácter o el motivó por el cual se le manda llamar por parte del Ministerio Público Federal o alguno de sus órganos auxiliares, de acuerdo con lo que previene el artículo 125 del Código Federal de Procedimientos Penales.

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

En esa tesitura, el Representante Social deberá invariablemente asentar en el acta de la declaración que le hizo saber al declarante los datos indicados. Esto también -según mi criterio- como parte de la ineludible obligación de toda autoridad del País, de fundar y motivar sus actos, pues de no hacerlo constituiría un acto de molestia injustificado prohibidos por el artículo 16 de la Carta Magna, y del cual hice alusión en el capítulo IX, inciso I, cuando se trató lo relativo a las facultades del Ministerio Público de la Federación y la Policía Federal Investigadora para citar al testigo. Vid. Supra p. 143.

10.- El derecho del testigo a que sea el Ministerio Público Federal quien lo interrogue.

10.1.- El privilegio de dictar o escribir su declaración.

En la última parte del artículo 250 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁷, se establece que si quisiere el testigo dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo. Dicho numeral está redactado de la siguiente manera:

“Art. 250.- Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. ***Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.***”

¹⁵⁷ Op. cit 254 p

Así las cosas, de acuerdo con el texto del citado precepto legal, es un derecho del testigo dictar o escribir su declaración, siempre y cuando sea su voluntad hacerlo; así se desprende de la frase potestativa "*Si quisiere*".

En la práctica generalmente no se informa al testigo de ese derecho sino más bien la autoridad investigadora adopta la postura de tomarlo como una de las formas de recabar la declaración; es decir, recibir el relato espontáneo del declarante sin que exista interrogatorio de por medio.

Sin embargo, desde mi punto de vista, el Ministerio Público debe dejar constancia en el acta de que le hizo saber al testigo que tiene derecho a dictar o escribir su declaración y si no es su deseo hacerlo de esta manera, necesariamente corresponde al Representante Social hacer el interrogatorio respectivo, pues el relato o dictado de la deposición sólo sería válido si el testigo lo autoriza.

En otras palabras, el método de recibir una declaración a base de lo que exponga el testigo no tiene sustento en la Ley Procesal Penal, para la autoridad investigadora, ya que como se desprende del referido artículo 250, ello depende exclusivamente del compareciente.

10.2.- ¿Por qué deber ser el Representante Social quien interroge al testigo?

Considero que en todo caso, también es un derecho del testigo a que sea el Fiscal quien lo interroge y al momento de su declaración debe solicitar que así sea, porque ello le permite conocer qué tipo de preguntas le pretende hacer el Representante Social sobre los hechos que investiga; y desde luego, darse cuenta si tales interrogantes son inconducentes o contra derecho, conforme lo establece el artículo 127 bis, en estudio.

En ese sentido, si el testigo eligiera dictar o escribir su declaración no tendría la oportunidad de que el abogado que lo asistiera pudiera impugnar las preguntas con las características antes apuntadas, por eso lo que se recomienda es que sea el Ministerio Público quien haga el interrogatorio y el declarante debe acudir con la intención de estar a disposición de dicha Institución para responder las interrogantes que sean necesarias y que se concluya la diligencia con la exposición del Fiscal en el sentido de que *“es todo lo que esta Representación Social tiene que preguntar al declarante”*; y de esta manera evitar que posteriormente pudiera ser acusado de omisión de datos que es uno de los riesgos que se corren en el supuesto de que aceptara dictar o escribir su deposición, pues una información incompleta a criterio de la autoridad investigadora podría considerarse como dolosa –sin serlo- y ahora tener que soportar la consecuencia de una averiguación previa en su contra.

En mi opinión, lo anterior se evita con el interrogatorio porque no sería legal estimar que el testigo omitió hechos cuando el Ministerio Público no le interrogó sobre los mismos.

10.3.- El derecho del testigo a que el interrogatorio guarde relación con el hecho que se investiga.

Es una garantía procesal del testigo, que las preguntas que se le formulen guarden relación con los hechos que se investigan; es decir, no se le podrá cuestionar sobre aspectos que estén fuera de lo que constituye el historial del hecho ilícito y de la persona del delincuente, según lo podemos advertir del artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que establece:

“Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desechamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.

Si bien el artículo citado se refiere al juez o tribunal, lo cierto es, que también puede ser aplicado por el Agente del Ministerio Público Federal en la integración de la averiguación previa, conforme al contenido del numeral 132 del CFPP, al referir que *“En la práctica de diligencias de averiguación previa se aplicarán en lo conducente las disposiciones del Título Sexto de este Código.”*

De acuerdo con lo anterior, es preciso señalar que el numeral 242 en comentario se encuentra inmerso en el Título Sexto, capítulo V, relativo a la prueba de testigo; por lo tanto, su contenido es aplicable a las diligencias de indagatoria por parte del Fiscal; lo que significa que este último Funcionario Público tiene la facultad de desechar aquellas preguntas de las partes que sean objetadas por impertinentes o inconducentes.

Esto último necesariamente nos hace considerar que el testigo no sólo está sujeto al interrogatorio de la autoridad investigadora, sino además, al cuestionamiento que le haga el propio indiciado, su defensor, la víctima del delito u ofendido, durante la fase de la averiguación previa, según se puede inferir del texto del segundo párrafo, del diverso 249 del CFPP¹⁵⁸, que al igual que el mencionado 242 del mismo Ordenamiento Legal, resulta aplicable para las diligencias de dicha estadía procesal.

“Art. 249.- Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias.

El Ministerio Público, el inculpado, el defensor, la víctima u ofendidos, tendrán derecho de interrogar al testigo; el juez o el tribunal tendrán la facultad

¹⁵⁸ Op. cit. 253 p

de desechar las preguntas que a su juicio o por objeción de parte sean señaladas como impertinentes o inconducentes y, además, podrá interrogar al testigo sobre los puntos que estime convenientes.

En esta disposición legal nuevamente se reitera la facultad del Ministerio Público para calificar la pregunta y desecharla por impertinente o inconducente, por eso estimo que esto es un derecho del testigo; es decir, a que no sea interrogado sobre aspectos que no están relacionados con el suceso delictivo y sobretodo a que se le cuestione sobre los actos ajenos que percibió a través de sus sentidos, dado que esto es lo idóneo atendiendo a su situación procesal de tercero extraño a la controversia.

En tales condiciones, la autoridad investigadora tendrá cuidado en que se respete esa prerrogativa del testigo y de que solamente se le interrogue sobre lo que sabe acerca del delito y de la persona del delincuente.

11.- El derecho del testigo a la asistencia legal en la fase de averiguación previa.

11.1. El derecho del testigo a ser asistido por un abogado en su declaración ante el Ministerio Público de la Federación.

Desde el punto de vista de la ley, establecimos en el capítulo V, que el testigo tiene derecho a nombrar un abogado que lo asista en su declaración, lo que se deriva del análisis lógico y sistemático de los artículos 123, 124, 125 y 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

En efecto, como ya lo hemos visto en el capítulo indicado en el párrafo que antecede, una de las personas a que se refiere el artículo 127 bis, es al testigo porque es uno de los sujetos que tendrían que rendir declaración en los casos a que

aluden los dos primeros preceptos legales (123 y 124) y que podría ser citado por el Ministerio Público conforme a la facultad que le otorga el diverso 125 del CFPP.

Respecto a lo anterior, en el capítulo IV, Vid Supra p. 55-59, vimos las opiniones de los autores Julio Antonio Hernández Pliego y Miguel Héctor Ponce Ramírez, en las que también consideran como un derecho del testigo el ser asistido por un abogado en su declaración conforme al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

11.2.- El derecho del testigo que el abogado que lo asista impugne las preguntas inconducentes o contra derecho.

Es importante mencionar que para los fines de este apartado, que es hacer el señalamiento de los derechos que tiene el testigo en la averiguación previa, sólo haré breve referencia al tema indicado, puesto que será motivo de análisis exhaustivo en el capítulo XIII Vid. Infra p. 232.

Como ya vimos, de acuerdo con el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, las personas que tengan que rendir declaración en los casos de los artículos 124 y 125 del mismo Ordenamiento Legal, tendrán derecho a hacerlo asistidas por un abogado nombrado por ellas; entre las que sostenemos se encuentran incluidos los testigos, como ya lo hemos estudiado en el capítulo V, Vid Supra p. 76.

Ahora bien, ese derecho del testigo se materializa en la facultad que tiene el abogado de impugnar las preguntas que se hagan a su asistido si éstas son inconducentes o contra derecho, según se desprende del segundo párrafo, del citado numeral 127 bis, que dispone:

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

También es importante señalar que esa prerrogativa del experto en leyes tiene un límite, pues no podrá producir ni inducir las respuestas del testigo.

En mi opinión, una de las formas de poder estar en aptitud de saber cuándo las preguntas son inconducentes o contra derecho, es atendiendo a la situación procesal del testigo, pues a éste sólo se le deberá interrogar respecto a hechos ajenos desligados de su persona, pero cuando se le pretende cuestionar sobre actos propios para descubrir si tuvo alguna participación en la comisión delictiva, esas preguntas son las que en mi concepto son inconducentes o contra derecho porque no son idóneas a la calidad de testigo que tiene el declarante.

11.3.- El derecho del testigo a negarse a declarar cuando las preguntas lo incriminen.

Hemos venido sosteniendo que resulta muy importante no perder de vista que el testigo relata hechos ajenos que percibió por medio de sus sentidos y los informa a la autoridad investigadora a través de su testimonio; por ende, el interrogatorio idóneo es el que se le formula sobre acontecimientos desligados de su persona.

Así las cosas, cuando el Ministerio Público pretende cuestionar al testigo sobre actos propios con el fin de obtener o provocar que el declarante reconozca si tuvo alguna participación en la comisión del delito, considero que ello representa una pregunta inconducente o contra derecho, porque no es propia de un testigo sino de un indiciado; y siendo así, en el momento de que se le haga la interrogante ipso jure queda protegido por las garantías individuales que el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, previene para las personas que son

consideradas como probables autores del ilícito; entre las que se encuentra, la fracción II, del mencionado precepto legal de la Carta Magna, que contiene el derecho a que no podrá ser obligado a declarar.

Luego entonces, con base en lo anterior y a pesar de que al declarante se le ha asignado la calidad de testigo; y no obstante que por esta razón está obligado a declarar, conforme a lo que establece el artículo 242 del CFPP, si se presenta el caso, de que se le pretende interrogar sobre preguntas que pudieran incriminarlo, en mi opinión legalmente puede negarse a responder amparado en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de Máxima Ley del País, porque en ese momento está siendo considerado sospechoso de haber intervenido en los hechos delictuosos y no como testigo.

Este tema lo trataré con mayor amplitud en el capítulo XIII, de esta investigación. Vid Infra p. 232.

12.- El derecho del testigo a negarse a declarar cuando se encuentra en alguno de los casos de excepción a la obligación de rendir testimonio.

El artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁵⁹, establece la excepción a la regla general de que el testigo está obligado a declarar en todo caso, siempre y cuando se encuentre en alguno de los supuestos normativos señalados en dicha disposición legal, cuyo texto es del tenor siguiente:

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

¹⁵⁹ Op. cit. 252 p

En razón de lo anterior, si el testigo tiene alguna de las cualidades indicadas en el artículo en comentario, no estará obligado a declarar, salvo que sea su voluntad hacerlo.

Aparentemente la aplicación de las excepciones a la obligación de rendir testimonio, no represente mayor problema; sin embargo, en la práctica se presenta la interrogante ¿Cómo probarlas?.

Sucede generalmente que cuando una persona expresa su voluntad de no declarar porque alega estar en uno de los casos establecidos en el artículo 243 del CFPP, el Ministerio Público exige la prueba de su aseveración.

Así por ejemplo, si se trata de un tutor, pupilo o curador, ello podría ser demostrado mediante los documentos relativos al procedimiento de tutela; o en el caso del cónyuge, con el acta de matrimonio.

En el de los parientes por consanguinidad y afinidad, con las actas de nacimiento y de matrimonio.

La problemática más común se da cuando el declarante manifiesta estar ligado con el inculpado por lazos de amor, respeto, cariño o estrecha amistad, ¿Cómo probarlo?, si se trata de conceptos eminentemente subjetivos.

El artículo 243 en comentario, no establece que la persona que alegue estar en alguno de los supuestos de excepción a la regla general de declarar, tenga la carga procesal de probarlo; sin embargo, resulta lógico y además necesario, que la autoridad investigadora se cerciore de que efectivamente lo informado por el testigo es veraz, pues podría generar la práctica de eludir rendir testimonio; pero considero que en tratándose de aspectos subjetivos como el amor, el respeto, el cariño o la

estrecha amistad, debe ser aceptado cualquier principio de prueba a través de cualquiera de los medios permitidos por el Código Federal de Procedimientos Penales, debiéndose tomar en cuenta que lo manifestado por el testigo es bajo protesta de decir verdad y esto ya constituye un indicio para considerar fundadamente que está ligado con el acusado; y por ende, su deseo de no declarar.

En el derecho procesal colombiano existen excepciones al deber de testimoniar similares a las nuestras, tal y como nos lo refiere el autor Orlando Alfonso Rodríguez¹⁶⁰:

“Lo anterior no obsta para que se desconozcan excepciones a la obligación de testimoniar. Consuetudinariamente se ha reglado que el testigo en asunto penal no esta obligado a declarar:

- 1).- Contra sí mismo.
- 2).- Contra su conyuge.
- 3).- Contra los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, como los hijos, padres, hermanos y primos hermanos.
- 4).- Contra los parientes dentro del segundo grado de afinidad, como los llamados cuñados.
- 5).- Contra los parientes dentro del primer grado civil, como un hijo adoptivo simple.
- 6).- Los abogados en asuntos directamente vinculados en la protección de los derechos de sus poderdantes comprometidos procesalmente...
- 7).- Igual excepción se le reconoce al profesional en medicina, sustentado por semejantes razonamientos. Y así con otras profesiones.
- 8).- Pueblo cristiano es el nuestro, después de la violenta llegada de los europeos a estas tierras, que respeta a la iglesia Católica en particular y a la cristiana en general, al igual que a sus jerarcas, quienes, por medio de ritos, conducen al testigo a confiarles hechos que pueden ser objeto de investigación por las autoridades...”

13.- El derecho del testigo a que otra persona firme por él cuando sea ciego.

Este derecho del testigo está contemplado en la parte final del artículo 246 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶¹, que dice:

¹⁶⁰ Orlando Alfonso Rodríguez. Op cit. 7 p.

¹⁶¹ Op. cit 253 p.

"Art. 246.- Los testigos deben ser examinados separadamente y sólo las partes podrán asistir a la diligencia, salvo en los casos siguientes:

I.-Cuando el testigo sea ciego.

II.-Cuando sea sordo o mudo.

III.-Cuando ignore el idioma castellano.

En el caso de la fracción I el funcionario que practique las diligencias designará a otra persona para que acompañe al testigo, la que firmará la declaración después de que éste la haya ratificado; en los casos de las fracciones II y III se procederá conforme lo dispone el Capítulo III del Título Primero de este Código.

No obstante que lo catalogamos como derecho del testigo, resulta importante señalar que el precepto legal citado, señala que es el funcionario quien designará a otra persona para que lo acompañe; es decir, no le otorga al testigo la facultad de que sea él quien tal designación, lo que me parece incorrecto, pues a pesar de la incapacidad física del declarante, lo idóneo sería que el declarante escogiera a la persona que lo acompañe en dicha diligencia.

Ahora bien, la función del acompañante sólo se constriñe a firmar la declaración después de que el testigo la haya ratificado, con lo que tampoco estoy de acuerdo, porque en mi opinión, la persona que acompañe al declarante debe tener otra función importante, como lo es, confirmarle al testigo que efectivamente se hayan asentado sus palabras y si quedó plasmado todo lo que dijo o si se omitió algún dato, a fin de hacer las correcciones necesarias antes de firmar y de retirarse del lugar.

Por eso estimo, que debe ser el testigo quien haga la designación de una persona –de preferencia de confianza- que lo asista en su deposición ante el Representante Social; y si no lo hace, pues entonces sí, que sea el citado Funcionario Público, quien haga tal nombramiento; lo que implica proponer una reforma al último párrafo, del artículo 249 del Código Federal de Procedimientos Civiles, para quedar como sigue:

“En el caso de la fracción I, se informará al testigo que tiene derecho a estar acompañado por una persona designada por él, para que le confirme el contenido de su declaración, y para que una vez ratificada por el declarante, la firme en sustitución de este último. En caso, de que el testigo no designe a persona alguna, lo hará en su lugar, el funcionario que practique la diligencia.

14.- El derecho del testigo menor de edad a ser exhortado a declarar.

La condición de testigo puede acarrear consecuencias legales a la persona del declarante que se traducen en la posibilidad de incurrir en una conducta delictiva derivada de su actuar con tal carácter, pues el Estado tiene interés en que el testimonio sea veraz; y por ende, castiga la falsedad con la que pudiera conducirse el testigo en su declaración.

El artículo 247 del Código Penal Federal, prevé el delito de falsedad en diversas hipótesis¹⁶²; luego entonces, antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para lo que se producen con falsedad, o se niegan a declarar, con excepción de las personas menores de dieciocho años de edad, quienes solamente se les exhortará para que se conduzcan con la verdad.

“Art. 247.- Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad, o se niegan a declarar.

Esto podrá hacerse hallándose reunidos todos los testigos.

A los menores de dieciocho años en vez de hacérseles saber las penas en que incurrir los que se producen con falsedad, se les exhortará para que se conduzcan con verdad.”

De lo anterior, surge la pregunta obligada ¿Por qué a los menores de dieciocho años se les exhorta y no se les apercibe de las penas que impone el Código Penal, en el caso de que se conduzcan con falsedad?

La Ley Penal considera a los menores de dieciocho años, como personas inimputables para los efectos de la aplicación del derecho penal, primordialmente porque se considera que a esa edad el individuo todavía no tiene conciencia de su actos, por tanto, tales sujetos no cometen delitos sino infracciones contenidas en una ley especial sobre el tratamiento a menores.

Por esa razón, las personas que tengan el carácter de testigos y tengan menos de dieciocho años, no se les apercibe de la imposición de las penas que establece el Código Penal para aquellos que se conducen con falsedad, porque en el momento en que rinden su declaración jamás podrán cometer tal ilícito, dada su minoría de edad; y que por esa razón, no se da uno de los elementos esenciales del delito, como lo es, la imputabilidad.

15.- El derecho del testigo a consultar notas o documentos.

Lo idoneo es que el testigo declare espontáneamente lo que sabe acerca del hecho delictuoso y del delincuente; es decir, sin que sus respuestas sean provocadas por factores externos a su voluntad.

Sin embargo, conviene señalar que el artículo 249 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶³, primeramente establece la prohibición de que el testigo lea las respuestas que tenga escritas; y luego prevé la posibilidad de que consulte algunas notas o documentos que lleve consigo.

“Art. 249.- Los testigos declararán de viva voz, sin que les sea permitido leer las respuestas que tengan escritas; pero podrán consultar algunas notas o documentos que lleven consigo, cuando sea pertinente

¹⁶² Op. cit. 107-108 ps.

¹⁶³ Op. cit. 253 p

según la naturaleza del asunto y a juicio de quien practique las diligencias..."

También cabe mencionar, que ese derecho del testigo a consultar notas o documentos durante su declaración está condicionada a la apreciación de la autoridad investigadora cuando sea pertinente según la naturaleza del asunto.

Luego entonces, corresponde al testigo solicitar en la diligencia que requiere de auxiliarse de algunas notas o documentos que trae consigo para precisar algún dato relacionado con el hecho delictuoso o con la persona del probable inculpado.

En mi opinión, dicha solicitud deberá ser acordada por el Ministerio Público con fundamento en el citado artículo 249, ya sea accediendo a ella o negándola, expresando las circunstancias que lo llevaron a decidir en un sentido o en otro, ya que sólo así, el testigo podrá saber si a juicio de la autoridad la naturaleza del caso lo permite o no.

Es importante que esto quede asentado en la diligencia porque debemos recordar que la situación procesal de ser testigo puede producir consecuencias legales a su persona, pues como ya hemos visto, puede ser sujeto a que se le instruya en su contra una averiguación previa por alguno de los delitos relacionados con tal carácter (falsedad, desobediencia, etc.); y en razón de ello, debe cuidarse que se cumplan todas las formalidades legales que el caso exija, precisamente en aras de evitar cualquier efecto posterior en perjuicio del testigo.

16.- El derecho del testigo a que se usen sus palabras.

Este derecho del testigo se encuentra consignado en el primer párrafo del artículo 250 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶⁴, que es del tenor literal siguiente:

Art. 250.- Las declaraciones se redactarán con claridad y usando hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo. Si quisiere dictar o escribir su declaración se le permitirá hacerlo.

Anteriormente vimos que también es un privilegio del testigo leer el acta que contiene su declaración y si tiene alguna modificación que hacer la podrá realizar siempre y cuando no se haya retirado del lugar en donde se recabó la diligencia.

Así las cosas, ese momento de verificación del contenido de la declaración es muy importante porque igualmente en ese instante se podrá dar cuenta si se usaron sus mismas palabras o no, y en caso de que exista inconformidad debe hacerle la observación al Agente del Ministerio Público para que haga la corrección correspondiente y asiente las expresiones vertidas por el testigo en el punto o puntos que éste le indique.

En la práctica es común que suceda que el testigo relate los hechos que le constan y el Funcionario que atiende la diligencia se convierte en interlocutor de aquel, pues transmite al escribano lo que quiere decir el declarante; y en muchas de las ocasiones no se asientan todas las palabras dichas por el testigo o lo que en realidad quiso explicar.

Si bien el propio artículo 250 en comentario, dispone que se usaran hasta donde sea posible las mismas palabras empleadas por el testigo; en mi opinión, la

autoridad investigadora debe procurar que se asienten todas las expresiones del declarante tal y como éste las haya dicho, porque ello es importante para la posterior valoración del testimonio rendido.

17.- El derecho del testigo a defenderse cuando se califique su declaración de sospechosa de falta de veracidad.

La posibilidad de que el testigo pueda falsear los hechos, incurrir en contradicciones o que simplemente su dicho resulte inverosímil, puede decirse, que es inherente a él, puesto que el órgano de prueba es un ser humano, en cuyo caso, su testimonio depende de diversos factores, tales como la percepción que haya tenido de los mismos, el interés que tenga en favorecer a alguna de las partes, los valores que tenga la persona; y entre ellos, hasta qué grado dice siempre la verdad, etc.

También deberá considerarse que a veces el testigo sin dolo alguno sostiene hechos que son inexactos o los manifiesta con un alto grado de subjetividad anteponiendo su juicio personal a lo que realmente sucedió.

Sobre el particular, el autor Amado Adip¹⁶⁵ opina:

“No es novedad sostener que detrás de cada testigo se oculta un enemigo invisible de la verdad y de la justicia.

A veces, el testigo actúa de buena fe, aunque afirmando como ciertos, hechos que son erróneos; otras veces, actúa de mala fe, porque conociendo la verdad la falsea conscientemente.

Este peligro de fraude procesal movió a las legislaciones más antiguas a adoptar los mayores recaudos para rodear a la prueba de testigos de máximas garantías posibles.”

¹⁶⁴ Op. cit 254 p.

Desde el punto de vista de la ley, el artículo 253 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶⁶, se refiere a la declaración del testigo sospechosa de falta de veracidad, en los siguientes términos:

Art. 253.- Siempre que se examine a una persona cuya declaración sea sospechosa de falta de veracidad, se hará constar esto en el acta.

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

Como puede verse, del contenido del citado numeral, el testimonio del testigo puede ser objeto de apreciaciones que suponen falta de veracidad en el mismo, siendo éstas una prerrogativa de las partes, como lo son el Ministerio Público, el inculpado y su defensor, cuando se trata del proceso penal; pero en la averiguación previa, quedaría a la estimación del Representante Social en su calidad de autoridad; y en su caso, del indiciado y de la defensa de éste, ya que debemos recordar que título sexto del CFPP, es aplicable en la fase indagatoria por disposición expresa del diverso 132 del mismo Ordenamiento Legal.

Según lo podemos advertir, las apreciaciones que se hagan en el sentido de que suponen falta de veracidad en el dicho del testigo, deben hacerse en el acto mismo de la diligencia, lo que deberá quedar asentado.

Asimismo, dispone como facultad de las partes ofrecer pruebas al respecto, de lo que deriva la interrogante ¿Las pruebas se ofrecen en la misma actuación?.

De acuerdo con el texto del artículo en comentario, los medios probatorios que pudieran ofrecerse deben ser en la misma diligencia; es decir, no cabe la posibilidad

¹⁶⁵ Amado Adip. *Prueba de testigos y falso testimonio*. Reimpresión, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1983. 25 p.

¹⁶⁶ Op. cit. 254 p.

de una dilación probatoria o la apertura de un incidente, ya que claramente al inicio del segundo párrafo, dice *“En el momento de la diligencia.”*

También surge la pregunta ¿Por qué solamente las partes pueden ofrecer pruebas respecto a la supuesta falta de veracidad del testigo? ¿Cómo podría defenderse el testigo en ese momento en relación con la sospecha de falta de veracidad en su declaración?.

Desde mi punto de vista, el precepto legal en estudio resulta inconstitucional porque no establece la más mínima garantía de audiencia al testigo para que conteste las imputaciones de las partes sobre la supuesta falta de veracidad en su declaración, a pesar de que ello pudiera dejar indefenso al declarante ante la posibilidad de que pueda ser objeto de una averiguación previa en su contra, e incluso ser detenido en el acto de la diligencia, en atención a lo que establece el diverso 255 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁶⁷.

Art. 255.- Si de lo actuado apareciere que algún testigo se ha producido con falsedad, se mandaràn compulsar las constancias conducentes para la investigacion de ese delito y se hará la consignación respectiva al Ministerio Publico sin que esto sea motivo para que se suspenda el procedimiento; si en el momento de rendir su declaración el testigo, apareciere que es manifiesta la comision del delito de falsedad, será detenido desde luego y consignado al Ministerio Público.

Sin embargo, considero que si las apreciaciones de las partes en relación a que el testimonio del testigo adolece de falta de veracidad, tienen lugar en el momento de la diligencia, ello implica que éstas se hagan antes de que concluya la actuación respectiva; lo que significa que el testigo todavía tiene la posibilidad de aclarar, enmendar o modificar su declaración de acuerdo con lo establecido en los artículos 22 y 254 del Código Federal de Procedimientos Penales, que ya fueron motivo de análisis en líneas que preceden. Vid. Supra p. 171.

¹⁶⁷ Op. cit. 254 p.

Por ello toma relevancia la asistencia legal al testigo durante su declaración, pues si bien el abogado no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido en ese momento, nada impide que antes de acudir ante el Ministerio Público, el experto en leyes asesore al testigo sobre los derechos que tiene durante su deposición; entre ellos, el relativo a la lectura del acta para que confirme si efectivamente se asentó todo lo que dijo y si se usaron sus palabras, o si existe algún punto que requiere aclaración, etc.

Además de explicarle que su situación procesal puede producirle consecuencias en perjuicio de su persona en caso de que se conduzca con falsedad.

En tal virtud, la única defensa que tiene el testigo frente a las apreciaciones de que su deposición es sospechosa de falta de veracidad, es ejerciendo adecuadamente el derecho que tiene de leer el acta y hacer en el acto las aclaraciones necesarias, rectificaciones o modificaciones a la misma; lo que podría cambiar sustancialmente las imputaciones que se le hacen.

XI.- DEBERES DEL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA

1.- El deber del testigo de presentarse a declarar sobre los hechos que investiga el Ministerio Público Federal.

Es obligación del testigo presentarse a declarar respecto a los hechos que se investigan por el Agente del Ministerio Público Federal, según lo establece el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que a la letra dice:

Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desecharamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.

En principio tiene el deber de comparecer ante la autoridad una vez que ha sido citado por esta última, pues como puede verse en la parte final del segundo párrafo del artículo en comentario, si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.

En la práctica sucede un grave problema con la entrega de la cita para la persona que ha sido requerida para declarar, ya que generalmente esto se hace a través de elementos de la policía, que en muchas de las ocasiones se presentan en el domicilio señalado el mismo día de la diligencia, y no sólo eso, minutos antes de la hora indicada para la diligencia, lo que definitivamente provoca que al testigo se le deje indefenso ante tal trámite porque suele suceder que a pesar de la evidente ilegalidad con la que está siendo citado, se gira una orden de comparecencia para trasladar al individuo ante el Representante Social y exponga su declaración, lo que no deja de ser una pérdida de la libertad ambulatoria.

Por eso considero de suma importancia el derecho que tiene el testigo de ser citado con 48 horas de anticipación, de acuerdo con el artículo 103 del CFPP, siempre y cuando el estado de la indagatoria lo permita porque si se trata del caso en que fue detenido el probable autor del delito bajo la figura de la flagrancia o en casos urgentes; entonces difícilmente se podrá exigir de manera rigurosa la observancia de tal prerrogativa, dado que se está en presencia de un caso de excepción, en virtud de que el Ministerio Público tendría que resolver si ejerce o no la acción penal ante la autoridad judicial, en el plazo perentorio de 48 horas, en atención a lo que dispone el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, pero cuando no se está en esa situación, desde mi punto de vista, debe respetarse la facultad que tiene el testigo de ser comunicado de la cita con el tiempo suficiente que señala la ley.

Ahora bien, para no asistir al llamado que le hace autoridad investigadora necesariamente el testigo tendría que probar alguna causa justificada que le impidió hacerlo, pues de lo contrario, lo subsecuente es la orden para hacerlo comparecer.

La obligación de acudir a declarar llega a tal extremo de que si no se logra la comparecencia del testigo a través de los medios de apremio establecidos en el artículo 44 del CFPP, este pudiera incurrir en una conducta delictiva, como lo es el delito de desobediencia y resistencia de particulares a que se refiere el artículo 179 del Código Penal Federal, que será motivo de estudio en el capítulo XII Vid Infra p. 219.

La doctrina se ha encargado de explicar el origen de la obligación de rendir testimonio y sobre el tema conviene citar las opiniones de diversos autores que lo han estudiado, como es el caso de Eugenio Florian¹⁶⁸ quien refiere que tal deber deviene de la necesidad del Estado de administrar justicia, lo que lo convierte en materia de derecho público.

“Como sin testigos los hechos no pueden ser comprobados, el Estado, para realizar su tarea específica, tiene el derecho de exigir con su autoridad y con su fuerza que se rinda el testimonio...” “El deber del testimonio lo impone la necesidad de administrar justicia, y por ello va más allá del vínculo de sujeción entre el ciudadano y el Estado. Todo el que esté sometido a la soberanía jurisdiccional del Estado, está sometido también a ese deber.” “Por ello, el deber de rendir testimonio reviste jurídicamente carácter de derecho publico, encuentra su fundamento en el hecho de que el testimonio es indispensable para el ejercicio de la jurisdicción penal y se contrae a los órganos del Estado. Se trata de una prestación de carácter de derecho publico, en servicio del Estado, necesaria para la administración de la justicia penal.”

Carlos Salido Ovalle¹⁶⁹ en referencia al derecho procesal español menciona:

“Todas las personas en las que no concurran causas de incapacidad, incompatibilidad o exención, tienen el deber de acudir al llamamiento judicial, para declarar sobre hechos y circunstancias pasadas relacionadas con la comisión de hechos punibles. Este mismo deber de acudir al llamamiento judicial y prestar informe, alcanza a los peritos según los artículos 462 y 462 Lecrim, siempre, claro es, que no exista causa fundada que justifique la incomparecencia.” “Cuando el testigo, sin estar impedido, o el perito, sin alegar justa causa, no concurriesen al llamamiento judicial, persistiendo en su resistencia a comparecer, seran conducidos a la presencia del Juez instructor...Esta condición no deja de tener las connotaciones propias de una pérdida de la libertad ambulatoria del testigo o del perito, que será así trasladado coactivamente ante el juez instructor...” “...y se persiste en su negativa sometido a procedimiento por el delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 420 y 463 Lecrim.”

Como es de verse, al igual que en nuestra legislación procesal penal, en la española existe la obligación del testigo de presentarse a declarar, quien sólo puede dejar de comparecer cuando demuestre una causa justificada; así como también si persiste en su rebeldía puede incurrir en la conducta ilícita de desobediencia grave a la autoridad.

¹⁶⁸ Eugenio Florian. Op cit. 91-92 ps.

¹⁶⁹ Carlos Salido Ovalle. *La detencion policial* Edit. Jose Maria Bosch, Barcelona, España, 1997. 428-429 ps.

En el derecho procesal penal colombiano sucede algo similar, según lo expone Orlando Alfonso Rodríguez¹⁷⁰, en los siguiente términos:

“Deben declarar tanto los nacionales como los extranjeros, residentes o de paso, citados como testigos dentro del proceso penal. La ley procedimental emplea el genérico de *toda persona y así*, no de ninguna otra forma, debe entenderse.

Además, “la ley penal colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional”, reza la norma procedimental penal.

Todo esto tiene su fundamento jurídico en el art. 10 de la Constitución Nacional, que prescribe tanto a los nacionales como a los extranjeros el deber de someterse a la ley. Esto comprende:

- 1) Comparecer al despacho, en cuanto se le haya citado legalmente;
- 2) Prestar juramento, y
- 3) Deponer

El desobedecer cualquiera de estas obligaciones lo hace acreedor a una sanción de arresto de uno a treinta días, impuesta por resolución motivada, contra la cual solo procede el recurso de reposición.”

Todo lo anterior, nos da sustento para afirmar que la situación procesal del testigo le puede acarrear consecuencias personales, como lo son la pérdida transitoria de la libertad cuando se le traslada coactivamente ante la autoridad investigadora e incluso ser sujeto de una averiguación criminal por el delito de desobediencia al mandato del órgano del Estado que requiere su testimonio, lo que implica el riesgo de ir a prisión y ser sentenciado por dicho ilícito.

Bajo esa perspectiva, en mi opinión, cobra importancia la asistencia legal al testigo porque el abogado no sólo está en aptitud de asistirlo en su declaración sino también de vigilar que se respeten todos los derechos que le confiere la ley; además de explicarle que puede hacerse acreedor a sanciones privativas de libertad, en caso de que no comparezca; lo que significa que en todo caso, lejos de que se considere que el experto en leyes manipule la conducta del testigo debe confiarse en su ética profesional de que recomendará a su cliente obrar en el sentido que marca la ley; es decir, que acuda a rendir testimonio sabedor de que tiene garantías procesales que

¹⁷⁰ Orlando Alfonso Rodríguez Op. cit. 7 p.

lo protegen de no incurrir en alguna ilegalidad, como lo es el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

1.2.- El deber del testigo a dar respuesta a las preguntas que le formule el Ministerio Público de la Federación o sus órganos auxiliares.

Si como ya vimos el testigo tiene la obligación de declarar lo que sabe acerca del delito, puede elegir entre dictar o escribir su declaración; o bien, solicitar que sea la autoridad investigadora quien lo examine a través del método de pregunta y respuesta. Esto último es lo recomendable para estar en aptitud de hacer efectivo e manera adecuada el derecho que le concede el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, en este momento surge la interrogante ¿Tendrá obligación el testigo de responder todo lo que se le pregunte?.

De acuerdo con lo que hemos venido explicando en los capítulos que preceden, el testigo es la persona tercera extraña a la controversia que posee información sobre el hecho delictuoso; y que en razón de ello, relata acontecimientos ajenos desligados de su persona.

Así las cosas, mientras las interrogantes sean en ese tenor, el testigo tendrá la obligación ineludible de contestar lo que se le pregunta porque ésta es idónea a su condición de testigo.

En nuestro concepto, si la pregunta va encaminada a interrogarlo sobre hechos propios para descubrir su probable intervención -por acción u omisión-, en la secuela delictiva; entonces surge un cambio de condiciones en cuanto a su situación procesal de testigo, ya que en ese sentido el Ministerio Público está considerando que tiene algún grado de participación en el delito; por lo tanto, ya está siendo

tratado como indiciado, en cuyo caso puede negarse a responder amparado en la garantía individual que establece la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República¹⁷¹, puesto que podría incriminarle.

Si bien es cierto, que conforme al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, el abogado que asista al testigo puede impugnar aquellas preguntas que sean inconducentes o contra derecho, lo que obviamente una de ellas sería la que trata de incriminarlo porque se aparta de las condiciones legales a las que está sujeto el testigo, ello no es obstáculo para que el Ministerio Público persista en su actitud de interrogarlo sobre hechos propios con la finalidad de obtener el reconocimiento de participación delictiva, por eso en tal caso, si el declarante se abstiene de responder no puede decirse que está faltando a su deber de declarar porque como ya lo he expresado, de testigo paso a ser considerado como indiciado y su negativa a dar respuesta está sustentada en una causa de justificación que se traduce en la facultad que tiene de no ser obligado a hacerlo, de acuerdo con lo que se contempla en la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna; por lo tanto, su postura no será ilícita ni podría ser considerada como un incumplimiento a su deber de testimoniar.

Además, en nuestro concepto, el ejercicio del citado derecho que le concede la Carta Magna, excluye la posibilidad de incurrir en alguna conducta delictiva, de acuerdo con lo que dispone el artículo 15, fracción VI, del Código Penal Federal.¹⁷²

2.- El deber del testigo de decir la verdad y rendir la protesta de ley.

La desconfianza en el testigo sobre la posibilidad de que pueda falsear o alterar los hechos sobre los cuales se le pretende interrogar ha prevalecido desde tiempos remotos y para asegurar de alguna manera que ello no suceda, ha sido

¹⁷¹ *Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos*. Op. cit. 25 p.

¹⁷² *Código Penal Federal y Código Federal de Procedimientos Penales* Op. cit. 12 p.

constante premisa de las leyes procesales penales, el llamar la atención del declarante antes de que comience a declarar sobre las penas a que se haría acreedor en caso de que se conduzca con falsedad o se niegue a rendir su testimonio.

Inmediatamente después, se pedirá que rinda la protesta de ley respectiva, que si bien el Código Federal de Procedimientos Penales, no la describe, lo cierto es, que comúnmente se utiliza la siguientes frase sacramental: *“Protesta usted bajo su palabra de honor y en nombre de la ley declarar con verdad en las diligencias que va a intervenir ”*

Un ejemplo de lo anterior, es el artículo 247 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁷³, que dice:

“Art. 247.- Antes de que los testigos comiencen a declarar se les instruirá de las penas que el Código Penal establece para los que se producen con falsedad, o se niegan a declarar.

Esto podrá hacerse hallandose reunidos todos los testigos.

A los menores de dieciocho años en vez de hacérseles saber las penas en que incurrirán los que se producen con falsedad, se les exhortará para que se conduzcan con verdad.”

Ahora bien, ¿Cuál es el efecto legal de poner en conocimiento del testigo las penas a las que se haría acreedor en caso de no decir verdad o negarse a declarar? y ¿Cuál es la consecuencia de rendir la protesta de ley?

La respuesta lógica a tal cuestionamiento es en el sentido de que el efecto sería para asegurar que diga la verdad; y en caso de que incurriera en falsedad lo haría consciente de tal situación, en cuyo supuesto la ley presume su conducta dolosa y en ese momento adquiere el carácter de delictiva en agravio de la administración de justicia; tan es así, que conforme a diverso 255 del Código Federal

¹⁷³ *Ibidem.* 253 p.

de Procedimientos Penales¹⁷⁴, puede ser detenido y consignado al Ministerio Público; es decir, bajo la figura de la flagrancia.

Sobre el punto de que se trata el autor Manuel Rivera Silva¹⁷⁵, expone:

“Antes de que el testigo comience a declarar, se le instruye sobre las sanciones que la ley impone a quienes se producen con falsedad, e inmediatamente después se le toma la protesta de decir verdad (Arts. 205 del Código del Distrito; y 247 y 248 del Código Federal), Lo anterior tiene por objeto obligar jurídicamente al testigo a decir la verdad de los hechos.”

Por su parte, Carlos Barragán Salvatierra¹⁷⁶ también alude a los citados deberes del testigo en los siguientes términos:

“Antes de que empiecen a declarar los testigos, el Ministerio Público o el juez los instruirá de las sanciones que impone el Código Penal Federal para los que se produce con falsedad o se niegan a declarar o a otorgar la protesta de ley. Esto podrá hacerse reunidos todos los testigos (arts. 205, CPPDF Y 247 CFPP), y se les hará la protesta de ley siguiente: “que a toda persona que debe examinarse como testigo o como perito, se le recibirá protesta de producirse con verdad, bajo la siguiente fórmula. Protesta usted bajo su palabra de honor y en nombre de la ley declarar con verdad en las diligencias que va a intervenir. Al contestar en sentido afirmativo, se le hará saber que la ley sanciona severamente el falso testimonio” (art. 80, CPPDF).”

Por eso es indispensable que la autoridad investigadora cumpla con el requisito de hacerle saber de las penas en que podría incurrir y de que el testigo rinda la protesta de ley respectiva, pues de no existir constancia de ello en el acta correspondiente se correría el riesgo de que tal conducta no fuera sancionada con una sentencia condenatoria al no haberse observado tal formalidad.

¹⁷⁴ *Íbidem*. 254 p

¹⁷⁵ Manuel Rivera Silva Op. cit 252 p.

¹⁷⁶ Carlos Barragán Salvatierra Op. cit. 399 p.

Es tal la importancia de que el testigo proteste decir la verdad, que podríamos afirmar, que es la condición legal para que el testigo pudiera ser acusado de falsedad, ya que de no darse ésta no podría estimarse que el declarante ha faltado a la verdad, que es uno de los elementos constitutivos del delito de falsedad que contiene el artículo 247, fracción I, del Código Penal Federal, que también será motivo de análisis en el capítulo subsecuente.

XII.- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DEL TESTIGO.

Hemos visto que el testigo en la fase de averiguación previa cuenta con diversos derechos y garantías procesales que está en aptitud de hacer valer durante su declaración, tal y como quedó explicado en el capítulo X Vid. Supra p. 168, Igualmente fueron analizados los deberes que tiene frente a la autoridad, en el diverso capítulo XI Vid. Supra p. 203, cuyo incumplimiento le puede generar consecuencias en su persona, como lo es la aplicación de correcciones disciplinarias, medios de apremio e incluso incurrir en alguna conducta delictiva; de ahí la importancia que tiene referirnos a tales figuras jurídicas porque en mi opinión son parte fundamental para justificar la asistencia legal efectiva del testigo durante su comparecencia.

1.- Correcciones disciplinarias.

De acuerdo con el artículo 33 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁷⁷, los tribunales tienen la facultad de aplicar las correcciones disciplinarias que establece el citado Código, a efecto de mantener el orden y exigir se les guarde el respeto y consideración debidos. El referido numeral dice lo siguiente:

“Art. 33.- Los tribunales tienen el deber de mantener el buen orden y de exigir que se les guarde, tanto a ellos como a las demás autoridades, el respeto y la consideración debidos, aplicando en el acto, por las faltas que se cometan, las correcciones disciplinarias que este Código señala.”

Este artículo está relacionado con los diversos 42 y 43 del mismo Código Federal Adjetivo Penal¹⁷⁸, de los que me permito transcribir su contenido:

¹⁷⁷ Op. cit. 191 p.

¹⁷⁸ Op. cit. 193 p.

“Art. 42.- Son correcciones disciplinarias:

I.-Apercibimiento;

II.-Multa por el equivalente a entre uno y quince días de salario mínimo, vigente en el momento y lugar en que se cometa la falta que amerite corrección. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingreso;

III.-Arresto hasta de treinta y seis horas, y

IV.-Suspensión.

La suspensión sólo se podrá aplicar a servidores públicos, con la duración prevista por la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.”

“Art. 43.- Contra cualquiera providencia en que se imponga alguna corrección disciplinaria, se oirá al interesado, si lo solicita dentro de las veinticuatro horas siguientes a la en que tenga conocimiento de ella. En vista de lo que manifieste el interesado, el funcionario que la hubiere impuesto resolverá desde luego lo que estime procedente.”

Ahora bien, conviene señalar que el tema que nos interesa se ubica en la etapa de averiguación previa, en la que considero que el Ministerio Público carece de la prerrogativa de imponer alguna corrección disciplinaria, pues como puede verse, el artículo 33 referido, sólo alude a los “tribunales”; es decir, a la autoridad judicial representada por el Juez o por el Magistrado, en su caso.

Lo que no podemos dejar de mencionar es, que el Representante Social tiene facultades expresas solamente para decretar medios de apremio, según se advierte del numeral 44 del CFPP, de cuyo texto se observa que sí puede aplicarlos en las diligencias de averiguación previa, al establecer que: *“El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio...”*

En razón de lo anterior, el testigo no podrá ser objeto de corrección disciplinaria alguna en la fase de averiguación previa y si en un momento dado se le pretende ejecutar, ese acto sería a todas luces inconstitucional por carecer la autoridad investigadora de facultades para llevarlo a cabo.

En todo caso, el testigo deberá pedir la audiencia que prevé el citado numeral 43 del Código Federal de Procedimientos Penales y exponer los argumentos en el sentido apuntado anteriormente; y en el supuesto de que ello no prosperara, en mi concepto está en aptitud de promover demanda de amparo indirecto para combatir la resolución que se dicte al respecto.

Sobre el particular existe la siguiente tesis emitida por el H. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

“CORRECCIONES DISCIPLINARIAS IMPUESTAS POR UN JUEZ DE DISTRITO. EL JUICIO DE AMPARO ES PROCEDENTE PARA IMPUGNAR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY EN QUE AQUELLAS SE FUNDAN. De lo dispuesto en el artículo 73, fracción II, de la Ley de Amparo, se advierte que las resoluciones definitivas o de trámite, dictadas en un juicio de amparo, no pueden ser objeto de otro juicio de la misma naturaleza, porque ello implicaría permitir un juicio de amparo contra actos de otro juicio de amparo, provocando una sucesión de juicios sin fin de la misma naturaleza; sin embargo, cuando el acto reclamado consiste en una determinación dictada por un Juez de Distrito en un expedientillo formado con motivo de una corrección disciplinaria, el amparo que en su contra se promueva sí es procedente para impugnar la constitucionalidad de la ley en que aquélla se fundamenta, por no tratarse de una resolución emitida en la substanciación del juicio de garantías.

Amparo en revisión 1767/95. Martín de la Garza Villanueva. 20 de mayo de 1996. Unanimidad de diez votos. Ausente: Juventino V. Castro y Castro. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: Irma Rodríguez Franco.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el once de julio en curso, aprobó, con el número CII/1996, la tesis que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis de jurisprudencia. México, Distrito Federal, a once de julio de mil novecientos noventa y seis.”¹⁷⁹

En tal virtud, el testigo como cualquier otro gobernado está en aptitud legal de acudir al juicio de amparo indirecto y plantear la inconstitucionalidad de tal medida decretada en su contra.

¹⁷⁹ Semanario Judicial de la Federación. Novena Epoca, Pleno, Tomo IV. Agosto de 1996, Tesis P. CII/96. 62 p.

2.- Medidas de apremio

El testigo tiene tres deberes fundamentales frente a la autoridad investigadora, que son: a) Comparecer ante esta última, b) Rendir la protesta de decir la verdad y c) Declarar lo que sabe acerca del hecho delictuoso.

Todo lo anterior se genera a raíz de la facultad que tiene el Agente del Ministerio Público de citar al testigo conforme a los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, que ya vimos en capítulos que anteceden.

Ahora bien, para que el Fiscal pueda hacer cumplir la resolución en la que ordena citar al testigo está en aptitud de hacer uso de los medios de apremio, según lo dispone el numeral 44 del CFPP¹⁸⁰, que establece:

“Art. 44.- El Ministerio Público en la averiguación previa, y los tribunales, podrán emplear, para hacer cumplir sus determinaciones, los siguientes medios de apremio:

I.-Multa por el equivalente a entre uno y treinta días de salario mínimo, vigente en el momento y lugar en que se realizó la conducta que motivó el medio de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados el de un día de ingreso;

II.-Auxilio de la fuerza pública; y

III.-Arresto hasta de treinta y seis horas.

En ese sentido, el Representante Social dispone de los citados medios de coerción para hacer comparecer ante él a la persona citada; sin embargo, somos de la opinión de que esa facultad está sujeta al principio de legalidad que debe prevalecer en toda clase de procedimiento, pues no puede quedar a la simple consideración de la autoridad investigadora la aplicación de la medida de apremio sino que en mi criterio de haber constancia fehaciente de que la formalidad de la cita

cumplió con su cometido, que es precisamente hacerle saber al directamente interesado el mandato de autoridad y de que quedó enterado a lo que se expone en caso de contumacia.

Además, previo al dictado de cualquier medida de apremio en contra de alguna persona, el Ministerio Público deberá cerciorarse de que se cumplieron las formalidades establecidas en el capítulo IX, del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁸¹, que se denomina “CITACIONES” y que abarca del artículo 73 a 85, pues de lo contrario, en mi opinión, resultaría violatorio de garantías.

La obligación del testigo de comparecer ante la autoridad investigadora es ineludible aún en el caso de que se encuentre en alguno de los supuestos de excepción al deber de rendir declaración que establece el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues si dejara de hacerlo alegando estar amparado por dicha disposición legal, podría hacerse acreedor a una medida de apremio, puesto que necesariamente lo tendría que hacer en presencia del Representante Social para que éste estuviera en aptitud de verificar su vínculo con el inculpado. En este sentido se encuentra redactada la siguiente tesis:

“TESTIGO LIGADO AL INculpADO. EL HECHO DE NO ESTAR OBLIGADO A DECLARAR NO LO EXIME DEL DEBER DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ A MANIFESTAR SU VOLUNTAD. Es inexacto que el derecho de no ser obligado a declarar, que la ley le confiere al que esté ligado con el inculpado por amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, sea susceptible de ejercerse no asistiendo a la audiencia que con motivo de su comparecencia tenga lugar, dado que si bien es verdad que el derecho a no rendir declaración le asiste, no debe soslayarse que corresponde a la autoridad judicial verificar el vínculo con el imputado, pues de lo contrario, la regla general de que está obligado a declarar todo aquel a quien le consten hechos relacionados con ilícitos, quedaría sujeta al arbitrio personal, *además de que el testigo puede hacerse acreedor a cualquiera de las medidas de apremio* decretadas por el Juez responsable, y su conducta omisiva se ubica en el delito de desobediencia y resistencia de particulares.

¹⁸⁰ Op. cit. 193-194 ps.

¹⁸¹ Op. cit. 199-202 ps.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 479/96. Emilia Margarita González León. 19 de noviembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo V. Monroy Gómez. Secretario: Francisco J. García Solís.¹⁸²

No obstante lo anterior, en la práctica se presenta la problemática de ¿Cómo probarle al Agente del Ministerio Público?, los lazos de amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, por ser cuestiones tan subjetivas relacionadas primordialmente con sentimientos de una persona a otra, tal y como lo expusimos en el capítulo X, Vid. Supra p. 191.

Esto ha generado un constante debate con la autoridad investigadora porque en ocasiones no le basta la manifestación del declarante en el sentido de que está relacionado con el indiciado por vínculos de amor, respeto, gratitud, cariño o estrecha amistad, sino que exige prueba sobre ello y si no le satisface acude a los medios de apremio para compeler al testigo a que declare; lo que en mi opinión, es incorrecto dado que en estos casos no se puede pedir una probanza tan rigurosa tomando en cuenta precisamente que son cuestiones meramente subjetivas; y que en todo caso, lo que debe quedar probado es la relación entre la persona del testigo y la del inculpado.

2.1. Los medios de apremio como elemento del delito de desobediencia y resistencia de particulares.

Es tal la importancia de los medios de apremio que en incluso están contemplados como elemento constitutivo del tipo penal de desobediencia y resistencia de particulares a que se refieren los artículos 179, 182 y 183 del Código Penal Federal¹⁸³, que prevén:

¹⁸² Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. Tomo V, Febrero de 1997, Tesis XIV 2º 51 P, 802 p.

¹⁸³ Op. cit. 66-67 ps.

“Art. 179.- El que sin excusa se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia *después de haber sido apremiado* por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar.”

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

Art. 183.- Cuando la ley autorice el empleo del apremio para hacer efectivas las determinaciones de la autoridad, sólo se consumará el delito de desobediencia *cuando se hubieren agotado los medios de apremio*.”

Así las cosas, conforme a lo anterior resulta claro que necesariamente debe haber constancia fehaciente en el expediente de que se agotaron los medios de apremio para que se pueda configurar tal ilícito.

Sobre el particular conviene citar los conceptos de los autores Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López¹⁸⁴, quienes apuntan lo siguiente: P. 152.

“...Consecuentemente, sólo podrá existir desobediencia en estos casos, cuando haya existido apremio o apercibimiento de parte de la autoridad judicial o administrativa. Aunque la ley no exige agotar los medios de apremio, debe entenderse que cuando la ley ordinaria aplicable señala varias medidas de apremio, no basta que el acusado haya sido apremiado por cualquiera de las autoridades citadas, para que la desobediencia caiga bajo las sanciones prescritas en el mencionado artículo 178, sino que se requiere el agotamiento de los medios procedentes...”

Bajo esa perspectiva, la asistencia legal al testigo durante su declaración en la averiguación es de suma importancia porque puede ser apremiado en ese momento para que conteste lo que se le pregunta; lo que significa que el abogado deberá estar muy pendiente de impugnar los cuestionamientos del Agente del Ministerio Público

¹⁸⁴ Francisco Pavón Vasconcelos et. al. *Derecho Penal Mexicano*. Ed. Porrúa, México, 1981. 152 p.

que considere inconducentes o contra derecho y solicitar que quede asentada dicha objeción, pues recuérdese que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, no resuelve si la impugnación de la interrogante basta para que ya no se le formule; lo que quiere decir, que existe la posibilidad real de que a consideración del Fiscal la pregunta no tenga las características que alega el letrado; y en su caso, insista en que deberá contestarla el testigo con la consecuente aplicación del medio de apremio respectivo, en el supuesto de que el testigo se niegue a hacerlo.

Además, es importante que el abogado pida al Representante Social que asiente en la misma acta las razones y fundamentos legales en los que basa su decisión para que el testigo responda la pregunta a pesar de haber sido impugnada, pues de esta manera se protege la situación legal del declarante, ya que con ello provoca la existencia de una resolución de la autoridad investigadora, que le daría la oportunidad de combatirla a través del juicio de amparo indirecto, al no contemplarse en la Ley Procesal Penal, algún recurso ordinario por el que pudiera ser estudiada previo al sumario constitucional.

3.- Delito de desobediencia y resistencia de particulares.

Como lo hemos venido señalando, la situación procesal del testigo es sumamente delicada tomando en cuenta que ello le puede generar la aplicación de medidas de apremio, como la multa, el uso de la fuerza pública y el arresto hasta por treinta y seis horas, de acuerdo con el texto del artículo 44 del CFPP; pero no solo está expuesto a esto último, sino que una vez agotadas las medidas indicadas y no se ha logrado su comparecencia, o bien, se ha negado a rendir protesta de decir verdad; y en su caso, se niega a declarar, lo puede llevar a incurrir en el delito de desobediencia y resistencia de particulares, que está contemplado en el Título Sexto, relativo a los delitos contra la autoridad, capítulo I, del Código Penal Federal, en sus artículos 179, 182 y 183.

Es importante hacer el estudio de tales figuras típicas porque en mi opinión está relacionado con uno de los objetivos de la asistencia legal al testigo en su declaración ministerial; es decir, evitar que el declarante incurra en el ilícito mencionado, dándole la asesoría previa necesaria sobre las consecuencias a que se expone en el caso de que no desee comparecer, rendir la protesta de ley o declarar.

3.1. El tipo penal contenido en el artículo 179 del Código Penal Federal.

El artículo 179 del Código Penal Federal¹⁸⁵, dispone: *“El que sin excusa se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar.”*

Se comete este delito por la negativa a comparecer ante la autoridad judicial o administrativa a rendir su declaración, siempre y cuando se hayan agotado los medios de apremio que prevé, en su caso, la ley que regula el procedimiento en el que se requiere la comparecencia del testigo y que éste no haya justificado una excusa que le impida acudir a exponer su conocimiento sobre los hechos delictuosos.

Así las cosas, podemos decir que los elementos constitutivos del citado ilícito son los siguientes:

a).- Una resolución de la autoridad judicial o administrativa en la que se funde y motive la necesidad de que comparezca ante ellas una persona física determinada para que rinda su declaración, en la que se ordena enviarle la cédula citatoria

correspondiente, pues de otra manera, no podría considerarse que se le exige su comparecencia legalmente.

En otras palabras, debe mediar un acuerdo del Agente del Ministerio Público en el que funde y motive la exigencia de la comparecencia del testigo, lo que se materializa a través de la cita cuando se entrega a este último.

b).- La negativa a comparecer ante la autoridad judicial o administrativa que legalmente le haya requerido su declaración.

c).- Que esa negativa a comparecer no esté sustentada en alguna excusa legal alegada por quien deba declarar que le impida acudir ante el Funcionario Público respectivo a rendir su declaración.

Algunas de las excusas legales que puede argumentar el testigo, son las que establece el artículo 73 del Código Federal de Procedimientos Penales¹⁸⁶, cuyo contenido es el siguiente:

“Art. 73.- Con excepción de los altos funcionarios de la Federación, toda persona está obligada a presentarse ante los tribunales y ante el Ministerio Público cuando sea citada, a menos que no pueda hacerlo porque padezca alguna enfermedad que se lo impida, o tenga alguna otra imposibilidad física para presentarse.”

De acuerdo con lo anterior, tendrán excusa legal para no comparecer ante la autoridad a rendir su declaración: 1).- Los altos Funcionarios de la Federación, 2).- Los que padezcan alguna enfermedad que les impida hacerlo, 3).- Los que tengan alguna otra imposibilidad física para presentarse.

¹⁸⁵ Op. cit. 66 p.

¹⁸⁶ Op. cit. 199 p.

El autor Francisco González de la Vega¹⁸⁷, al estudiar dicha figura delictiva menciona como ejemplo de excepción a la regla general de comparecer ante la autoridad a rendir declaración, los supuestos legales del artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, y lo refiere así:

“Art. 179.- El que sin excusa se negare a comparecer ante la autoridad a dar su declaración, cuando legalmente se le exija, no será considerado como reo del delito previsto en el artículo anterior, sino cuando insista en su desobediencia después de haber sido apremiado por la autoridad judicial o apercibido por la administrativa, en su caso, para que comparezca a declarar.

Véanse arts. 32, 195 a 202 del C. Común de P.P. y arts. 44 y 73 a 85 del C. Fed. de P.P.

No están obligados a declarar en juicio, pero pueden hacerlo si es su voluntad, los tutores, curadores, pupilos o cónyuges del acusado; sus parientes por consanguinidad o por afinidad en línea recta ascendiente o descendiente, sin limitación de grados, y en la colateral hasta el tercero inclusive; o estar ligado con el acusado por amor, respeto o gratitud (arts. 192 C. Común de P.P. y 243 del C. Fed. de P.P.).”

El mismo ejemplo señalan Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López¹⁸⁸, al mencionar que:

“...Los códigos procesales de la materia imponen, a todo testigo, la obligación de declarar y rendir la protesta y conducirse con verdad, siendo principio reconocido el que los tribunales examinarán a los testigos, salvo las excepciones señaladas por las propias leyes, las que ordinariamente comprenden, entre otros, a los parientes más cercanos y a las personas ligadas con el inculpado por amor, respeto o amistad, quienes si bien en principio pueden negarse a declarar en contra de él, podrán rendir declaración si manifiestan que ese es su deseo...”

No obstante la opinión de los reconocidos escritores, en mi criterio, la hipótesis normativa contenida en el artículo 243 del CFPP, no puede constituir excusa para dejar de comparecer ante el Agente del Ministerio Público, entendiéndose esto último

¹⁸⁷ Francisco González De la Vega *El Código Penal Comentado*. 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 1989. 296 p.

como la acción de acudir al local de la Agencia y presentarse al Funcionario Público citado, puesto que si el declarante considera estar en alguno de los supuestos legales del mencionado numeral, comoquiera es su deber asistir y manifestar tal excepción al deber de declarar; por lo tanto, sólo podría operar respecto a la obligación de rendir protesta de decir la verdad y a la de otorgar su testimonio, en cuyo caso estaría exento de hacerlo.

Con relación a lo anterior, existe la tesis que mencionamos en líneas anteriores, cuyo rubro es: **“TESTIGO LIGADO AL INCULPADO. EL HECHO DE NO ESTAR OBLIGADO A DECLARAR NO LO EXIME DEL DEBER DE PRESENTARSE ANTE EL JUEZ A MANIFESTAR SU VOLUNTAD”**, que vale la pena volver a citar por estar íntimamente vinculada con el tema de que se trata:

En ese orden de ideas, los supuestos legales del artículo 243 del Código Federal, sólo podrían constituir excepción a la regla general de otorgar la protesta de ley y de declarar, pero no para dejar de comparecer ante la autoridad a manifestar su voluntad, pues a pesar de que pudiera estar en alguna de las hipótesis del referido numeral, necesariamente el órgano del Estado, debe tomar conocimiento de ello, lo que solamente se logra a través de la comparecencia personal.

d).- Que se hayan agotado los medios de apremio que establezca la ley que regula el procedimiento en el que se requiere la declaración de la persona que ha sido llamada a rendir testimonio.

e).- Una vez agotados de los medios de apremio indicados, que exista constancia fehaciente de contumacia por parte del sujeto que ha sido llamado a declarar; es decir, prueba de la insistencia en desobedecer el mandato de la autoridad.

¹⁸⁹ Francisco Pavón Vasconcelos et. al. Op cit. 152 p.

f).- Un nexo de causalidad; es decir, la relación entre la conducta y el resultado.

3.2. El tipo penal contenido en el artículo 182 del Código Penal Federal.

El artículo 182 del Código Penal Federal¹⁸⁹, establece: *“El que debiendo ser examinado en juicio, sin que le aprovechen las excepciones establecidas por este Código o por el de Procedimientos Penales, y agotados sus medios de apremio, se niegue a otorgar la protesta de ley o a declarar, pagará de diez a treinta días de multa. En caso de reincidencia, se impondrá prisión de uno a seis meses o de treinta a noventa días multa.”*

La conducta principal de esta figura delictiva, es la reincidencia en la negativa dolosa a rendir la protesta de ley o a declarar en el acto de la diligencia, sin que le favorezca alguna de las excepciones al deber de hacerlo.

En ese sentido, los elementos constitutivos del mencionado delito son:

1).- La existencia de una persona física determinada que deba ser examinada en juicio, como lo serían los testigos, los peritos o los intérpretes.

2).- Que las mencionadas personas se nieguen a rendir la protesta de ley o declarar.

3).- Que no les asista alguna de las excepciones al deber de rendir la protesta de ley o a declarar, establecidas en el Código Penal Federal o en el Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁸⁹ Op. cit. 66 p.

Considero que algunas de las excepciones establecidas en el CPF son las causas de justificación que se establecen en el artículo 400¹⁹⁰, que tipifica el delito de encubrimiento, y que están contenidas en los siguientes términos:

“...No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.”

En lo que se refiere a las excepciones que prevé el Código Federal de Procedimientos Penales, es evidente que en este caso, sí operan los supuestos del artículo 243 del mismo Ordenamiento Legal.

En efecto, como se desprende del contenido de dicho numeral, al establecer “*No se obligará a declarar...*”, en todo caso, constituye una excepción al deber de otorgar testimonio; y como consecuencia de ello, de rendir la protesta de ley, pero no para dejar de comparecer ante la autoridad que ha hecho el requerimiento.

4).- Que exista constancia fehaciente de que se hayan agotado los medios de apremio.

5).- Que exista constancia fehaciente de que el obligado a declarar haya incurrido en reincidencia respecto a su negativa a deponer y a rendir protesta de ley, dado que ésta es la condicionante para tal conducta sea punible.

En efecto, la simple negativa a declarar o rendir protesta; es decir, por una sola ocasión sólo tendría como consecuencia la imposición de una multa; pero si es

¹⁹⁰ Op. cit. 155-156 ps.

por dos o más ocasiones (reincidencia), entonces, procede imponer la pena de prisión de uno a seis meses o de treinta a noventa días multa, como sanción alternativa.

El contenido del artículo 182 del Código Penal Federal, reúne las características de una falta administrativa y de un delito a la vez, pues la simple negativa a declarar o rendir protesta sólo tiene como sanción la imposición de una multa y para que ésta sea punible requiere que el obligado a declarar reincida en su postura de no deponer, para lo que se establece una pena alternativa; es decir, una de prisión o multa.

6).- Un nexo causal; es decir, la relación entre la conducta y el resultado.

Para Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López¹⁹¹, este delito sólo puede cometerse ante la autoridad judicial, y lo refieren de la siguiente manera:

“...A diferencia del artículo 179, no se trata aquí de una desobediencia a comparecer ante cualquier autoridad. En primer lugar la conducta es diversa, pues mientras en el tipo del artículo 179 el delito se perfecciona por la negativa a comparecer, en el del artículo 182 el sujeto se niega a otorgar la protesta de ley o a declarar; en segundo término, el tipo primeramente mencionado alude a cualquier clase de autoridad, en tanto el último se refiere exclusivamente a la autoridad judicial. Como bien dice CARRANCÁ y TRUJILLO, este subtipo se refiere a quienes no siendo acusados, son en general llamados a declarar ante los tribunales y resulta especialmente aplicable a los testigos...”

Resulta importante la observación que hacen los destacados autores, pues en efecto, en la redacción del tipo penal en comentario, se advierte *“El que debiendo ser examinado en juicio...”*, lo que significa que esa conducta sólo podría ser antijurídica si se da durante el juicio ante el Juez o Magistrado, que son los Funcionarios Públicos que representan a la autoridad judicial en el procedimiento penal.

Ahora bien, bajo esa perspectiva, tal ilícito no se podría configurar en la averiguación previa porque ésta es sólo uno de los procedimientos que se contemplan en el Código de Procedimientos Penales, pero que definitivamente no conforma el juicio propiamente; lo anterior en atención a lo establecido en el artículo 1º del mismo Ordenamiento Legal, que dice:

Art. 1.- El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I.- El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

Por su parte, el Título Noveno del Código Federal de Procedimientos Penales, se denomina "JUICIO" y su capítulo I, es relativo al "*Procedimiento ante los Jueces de Distrito*", que comienza con el artículo 305 de la referida Ley Procesal¹⁹², que a la letra dice:

"Art. 305.- El mismo día en que el inculpado o su defensor presenten sus conclusiones, o en el momento en que se haga la declaración a que se refiere el artículo 297, se citará a la audiencia de vista que deberá efectuarse dentro de los cinco días siguientes. La citación para esa audiencia produce los efectos de citación para sentencia."

Así las cosas, es evidente que la etapa del juicio sólo puede darse ante la autoridad judicial como lo señalan Francisco Pavón Vasconcelos y Gilberto Vargas López; por lo tanto, el delito previsto en el numeral 182 del Código Penal Federal, no puede configurarse en la fase de averiguación previa; y siendo así, el testigo que tenga que rendir declaración en la indagatoria no podría ser sujeto activo del ilícito en comentario, cuando se negara a rendir la protesta de ley o a declarar, porque como lo hemos señalado, ello sólo sería punible cuando se comete durante el juicio ante el Juez de Distrito atendiendo al principio de exacta aplicación de la ley, que debe prevalecer en materia penal.

¹⁹¹ Op. cit. 160-161 ps.

4.- Delito de falsedad

El testigo también puede incurrir en el delito de falsedad establecido en el artículo 247, fracciones I y II¹⁹³, del Código Penal Federal, que declara:

“Art.- 247.- Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa de cien a trescientos días de multa:

I.- Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial, en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad.

II.- Al que examinado por la autoridad judicial como testigo o perito, faltare a la verdad sobre el hecho que se trata de averiguar, o aspectos, cantidades, calidades u otras que sean relevantes para establecer el sentido de una opinión o dictamen, ya sea afirmando, negando, u ocultando maliciosamente la existencia de algún dato que pueda servir de prueba de la verdad o falsedad del hecho principal o que aumente o disminuya su gravedad, o que sirva para establecer la naturaleza o particularidades de orden técnico o científico que importen para que la autoridad pronuncie resolución sobre materia cuestionada en el asunto donde el testimonio o la opinión pericial se viertan. La sanción podrá ser hasta de quince años de prisión para el testigo o peritos falsos que fueran examinados en un procedimiento penal, cuando el reo se le imponga de más de veinte años de prisión, por haber dado fuerza probatoria al testimonio o peritaje falsos.”

De acuerdo con lo anterior, adquiere relevancia para el tema que se investiga la fracción I, del numeral citado, porque en mi opinión, es la hipótesis normativa que pudiera configurarse en la etapa de averiguación previa, al establecer “*Al que interrogado por la autoridad pública distinta de la judicial...*”, pues esto quiere decir, que al ser interrogado el testigo por el Ministerio Público, que es una autoridad pública distinta de la judicial, es susceptible de cometer el ilícito mencionado, al faltar a su deber de decir la verdad.

Respecto a la fracción II, si bien se refiere específicamente al testigo, es evidente que el tipo penal contemplado en este apartado sólo puede configurarse cuando el declarante es examinado por la autoridad judicial; por lo que, sin

¹⁹² Op. cit 264-265 ps.

considerar que sea menos importante que el de la fracción I, lo cierto es, que para el objetivo trazado en esta investigación nos interesa la situación procesal del testigo en la averiguación previa; es decir, frente al Representante Social.

En ese orden de ideas, el delito de falsedad tipificado por la fracción I, del artículo 247 del CPF, tiene los siguientes elementos constitutivos:

a).- La existencia de una persona física interrogada por cualquier autoridad pública, con excepción de la judicial.

b).- Que la autoridad pública haga el interrogatorio en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.

c).- Que la persona a quien se le formula interrogatorio falte al deber de decir la verdad.

d).- Un nexo de causalidad.

Como puede verse, este delito lo puede cometer toda persona que sea cuestionada por cualquier autoridad pública, excepto la judicial, en cuyo contexto entran los testigos que tienen el deber de rendir declaración ante el Fiscal Investigador; y por ende, decir la verdad sobre los hechos de los que tienen conocimiento en la etapa de averiguación previa.

Otro aspecto importante que no debemos pasar por alto, es el relativo a que la fracción I, del artículo 247 del CPF, está relacionada con el diverso 255 del CFPP, que establece la posibilidad real de que el testigo pueda ser detenido bajo la figura de la flagrancia en el preciso momento de su declaración, siempre que sea manifiesta la comisión del delito de falsedad. Este último precepto dispone:

¹⁹³ Op. cit. 107-108 ps.

“Art. 255.- Si de lo actuado apareciere que algún testigo se ha producido con falsedad, se mandaràn compulsar las constancias conducentes para la investigación de ese delito y se hará la consignación respectiva al Ministerio Público sin que esto sea motivo para que se suspenda el procedimiento; ***si en el momento de rendir su declaración el testigo, apareciere que es manifiesta la comisión del delito de falsedad, será detenido desde luego y consignado al Ministerio Público.***”

Es preciso señalar que el numeral 255 en comentario, puede ser aplicado por el Representante Social en la integración de la averiguación previa, por disposición expresa del diverso 132 del Código Federal Adjetivo Penal, por encontrarse inmerso en el Título Sexto de dicho Ordenamiento Legal.

Por ello la importancia de la asistencia legal al testigo durante su declaración en la fase indagatoria, pues en mi concepto, uno de los fines de ésta es precisamente informar al testigo de los derechos y garantías procesales con las que cuenta, así como de todos y cada uno de sus deberes que tiene frente a la autoridad investigadora; y por ende, de las consecuencias a las que se vería expuesto en caso de incumplimiento, a fin de evitar que se vea perjudicado en su persona e incluso en su libertad.

XIII.- ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 127 BIS DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El tema central de esta investigación es el análisis del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y a lo largo de la exposición de los anteriores capítulos lo hemos venido relacionando con los diversos tópicos, a fin de llegar a este punto con la suficiente información que me permita hacer el discernimiento de tan importante norma.

En efecto, era necesario acudir a los antecedentes históricos para verificar la situación procesal del testigo en el pasado y desde el punto de vista de la legislación mexicana analizar las opiniones doctrinarias sobre el asunto; así como también era indispensable asomarnos al derecho procesal penal comparado, establecer las facultades de la autoridad investigadora para hacerlo comparecer ante ella e interrogarlo, sus derechos y deberes en el acto de su declaración, las consecuencias legales a las que se expone en caso de incumplimiento a estos últimos y las conductas delictivas en las que puede incurrir. Todo ello con la finalidad de sustentar la asistencia legal al testigo en la averiguación previa.

En este apartado haremos el desmembramiento del contenido jurídico del artículo 127 bis en comentario, a fin de estudiar cada uno de sus conceptos y relacionarlos con los que ya han sido previamente analizados para cumplir con el objetivo trazado. El citado numeral declara:

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

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

1.- Concepto de “Toda persona”

A simple vista parece sencillo y que no requiere mayor explicación esta primera frase del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales; sin embargo, ello no es así, por lo siguiente:

Es innegable que la disposición legal en análisis, no se refiere a un sujeto en específico sino que emplea el término “Toda persona”; es decir, es una redacción lato sensu, que nos da la idea de ser completa, total, íntegra, absoluta y entera; por lo que en nuestra opinión y a la luz del subsecuente texto del artículo 127 bis, no sólo se refiere al inculpado sino también al testigo, cuyo sustento de tal aseveración la encontramos precisamente en los diversos 123, 124 y 125 del CFPP, a los cuales nos remite y que serán motivo de estudio más adelante.

Sobre el particular es importante citar los estudios del maestro Sergio García Ramírez, en su obra *“Proceso Penal y Derechos Humanos”*¹⁹⁴, en la que señala lo siguiente:

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

En ese orden de ideas, no cabe duda de que la intención del legislador fue en el sentido de proteger a todo individuo que tuviera que rendir declaración en la indagatoria y no solamente al indiciado, entendiéndose por esta última (declaración)

¹⁹⁴ Sergio García Ramírez. Op. cit. 87 p

“Es la relación que hace una persona acerca de determinados hechos personas o circunstancias vinculadas con la averiguación previa y que se incorpora a la misma...”, según las ideas del autor César Augusto Osorio y Nieto¹⁹⁵.

Para dejar en claro el concepto de persona recurrimos a la opinión de reconocidos doctrinarios que a continuación me permito citar.

Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara¹⁹⁶ apuntan “...En el tecnicismo jurídico los sujetos del derecho reciben el nombre de personas. Las personas son los únicos posibles sujetos del derecho. Persona es el ser de existencia física o legal capaz de derechos y obligaciones.”

Eduardo García Maynez¹⁹⁷, “se le da el nombre de sujeto, o persona, a todo ente capaz de tener facultades y deberes.” P. 271.

Hans Kelsen¹⁹⁸, “La teoría tradicional identifica el concepto de sujeto de derechos con el de persona. Define: persona es el hombre en cuanto sujeto de derechos y obligaciones...” p. 182.

Ignacio Burgoa¹⁹⁹, refiere “Como lo hace notar el mismo autor, “en Kant el concepto de persona surge a la luz de una idea ética. Esto es, la persona se define no atendiendo sólo a la especial dimensión de su ser (v. gr., la racionalidad, la individualidad, la identidad, etc.), sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto a la de la realidad, subrayando que persona es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí

¹⁹⁵ César Augusto Osorio y Nieto. *La Averiguación Previa* 9ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998. 14 p.

¹⁹⁶ Rafael De Pina et. al. Op. cit. 404 p.

¹⁹⁷ Eduardo García Maynez. *Introducción al estudio del Derecho*. 35ª ed. Ed. Porrúa, México, 1984. 271 p.

¹⁹⁸ Hans Kelsen. *Teoría Pura del Derecho* 11ª ed. Ed. Porrúa, México, 2000. 182 p.

¹⁹⁹ Ignacio Burgoa. *Las Garantías Individuales*. 19ª ed. Ed. Porrúa, México, 1985. 18 p.

mismo y que cabalmente por eso, posee dignidad, a diferencia de todos los demás....”

De acuerdo con las ideas de los autores mencionados, podemos afirmar con certeza que todo aquel individuo capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones y que se encuentre comprendido dentro de los supuestos de los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, es titular del derecho a la asistencia de un abogado en su declaración que establece el numeral 127 bis del mismo Ordenamiento Legal, en el trámite de la indagatoria.

2.- ¿Cuáles son las personas que han de rendir declaración en los casos de los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales?

El artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos, refiere que *“Toda persona que haya de rendir declaración en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él”*; lo que necesariamente nos obliga a escudriñar el contenido de los mencionados preceptos para establecer los supuestos legales que regulan y así estar en condiciones de poder determinar qué personas son las que tienen que rendir declaración en estos casos.

Es importante señalar que los artículos 124 y 125 del CFPP están ubicados en el Título Segundo, que se refiere a la “Averiguación Previa”, en su capítulo II, denominado *“Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa”*. Estas características de las normas en comentario me lleva a considerar que su contenido prevalece sobre cualquier regla general relacionada con éstas, precisamente por tener el carácter de especiales, en lo que

cabe citar las máximas *Generali per speciale procul dubio derogatur*²⁰⁰ y *Lex specialis derogat generali*²⁰¹.

Como es de verse, dicho dispositivo legal (127 bis) nos remite al diverso 124 y éste a su vez nos envía al 123 del mismo Código, los cuales a la letra dicen:

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

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

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

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

“Art. 125.- El Ministerio Público que inicie una averiguación previa podrá citar para que declaren sobre los hechos que se averigüen, **a las personas que por cualquier concepto participen en ellos o aparezcan tengan datos sobre los mismos.** En el acta se hará constar quién mencionó

²⁰⁰ Edgar Elias Azar. *Frases y Expresiones Latinas*. 2ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002. 127 p.

²⁰¹ *Ibidem*. 187 p.

a la persona que haya de citarse, o por qué motivo el funcionario que practique las diligencias estimó conveniente hacer la citación.”

El autor Rafael Pérez Palma²⁰² considera que las diligencias que practica el Ministerio Público y sus auxiliares inmediatamente que tiene conocimiento de la comisión del ilícito, son la base de lo que conocemos como “Averiguación Previa”, y lo refiere de esta manera:

“Las diligencias que practica el Ministerio Público o sus auxiliares, desde el momento en que tiene noticia de la comisión de algún delito, llevan el nombre de Diligencias de Policía Judicial y su conjunto forma la averiguación previa, que como hemos dicho en otros países se le llama “instrucción sumaria”.

Así las cosas, podemos decir, que los numerales 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen el procedimiento que constituye la averiguación previa a que se refiere el artículo 1º, fracción I, de igual Ley, a fin de que el Representante Social resuelva si ejercita o no la acción penal.

Como consecuencia de lo anterior, también debo señalar que el artículo 127 bis en estudio, es una regla especial para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de averiguación previa, por estar inmersa en el citado Título Segundo, capítulo II, del Código Federal de Procedimientos Penales; luego entonces, la referida disposición legal sólo tiene aplicación en la fase indagatoria.

Aclarado lo anterior, es preciso determinar quiénes son las personas que podrían en un momento dado rendir declaración dentro del estadio procesal que se analiza; por lo que de acuerdo con el texto del artículo 123 del CFPP, se desprende lo siguiente:

²⁰² Rafael Pérez Palma. Op. cit. 341-342 ps.

- i).- Víctimas del delito
- ii).- Testigos
- iii).- Detenidos

Del diverso 124 se advierte que las personas a las que se deberá recabar su declaración son las que a continuación señalo:

- i).- De la que dio noticia del hecho delictuoso.
- ii).- La de los testigos cuyos dichos sean más importantes.
- iii).- La del inculpado.

Por su parte, el artículo 125 establece que el Ministerio Público podrá citar para que declaren a las siguientes personas:

- i).- Las que por cualquier concepto participen en ellos.
- ii).- Las que aparezcan tengan datos sobre los mismos.

De acuerdo con lo antecede, resulta claro que una de las personas que tiene que rendir declaración en el período de indagaciones regulado por los artículos 123, 124 y 125 del Código Federal de Procedimientos, son los testigos; siendo por lo tanto, el sujeto que interesa al tema a tratar, sin que por ello se entienda que la situación procesal de la víctima del delito y la del detenido o indiciado sea menos importante, sólo que el objetivo de esta investigación exige el estudio exhaustivo del primero de los nombrados.

Esta postura coincide con las ideas de los autores Julio Antonio Hernández Pliego y Miguel Héctor Ponce Ramírez, quienes en sus respectivas obras consideran que desde el punto de vista jurídico, es viable que el testigo sea asistido por un abogado durante su declaración en la averiguación previa, sustentando su

razonamiento primordialmente en el análisis que hacen al contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, tal y como lo vimos en el capítulo IV, Vid. Supra p. 55-59.

Además, no puedo dejar de mencionar que el Código de Procedimientos Penales del Estado de Coahuila, es sumamente categórico en lo que a dicho punto se refiere, pues de una manera diáfana establece la asistencia legal al testigo en la etapa indagatoria, según lo establecen sus artículos 245, 246, 247 y 248, los cuales fueron analizados en el capítulo VI, Vid. Supra p. 100; lo que definitivamente apoya nuestra postura por tener similitud con lo previsto en el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que se analiza.

3.- El derecho del testigo a la asistencia legal en la averiguación previa.

En consideración a los argumentos vertidos en los apartados que anteceden, podemos afirmar con certeza que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, establece el derecho que tiene el testigo de ser asistido por un abogado nombrado por él, en la declaración que tenga que rendir en la fase de averiguación previa, lo que mi opinión constituye una verdadera garantía procesal. Además el tema fue ampliamente tratado cuando vimos los derechos del testigo en la averiguación previa, capítulo X, inciso 11, de este trabajo. Vid. Supra p. 188.

Cabe apuntar, que tal prerrogativa del testigo tiene una característica que no podemos dejar de mencionar, y que consiste en que debe ser él quien nombre al abogado que habrá de asistirlo en su deposición; es decir, el numeral en comentario no establece la posibilidad de que el Ministerio Público o sus auxiliares tengan la obligación de designarle uno, en el caso de que el declarante no quiera hacerlo o no lo pueda hacer en ese momento.

Lo que si consideramos que es una obligación de la autoridad investigadora, es informar al testigo que cuenta con tal derecho y que lo puede ejercer en el acto de su declaración y dependerá de este último efectuar la designación respectiva o abstenerse de hacerlo. En mi opinión, no existe impedimento alguno para que el nombramiento del letrado pueda recaer en el llamado “defensor público” para que asista el testigo.

También es indispensable tratar el aspecto relativo a que de acuerdo con el artículo motivo de esta investigación, solamente un abogado podría llevar a cabo la función de asistencia al testigo en su deposición ante el Ministerio Público.

Resulta oportuno mencionar que para algunos resulta difícil aceptar la postura de que el testigo pueda ser legalmente asistido en su declaración porque ello choca con la idea de que el Estado tiene la necesidad de procurar y administrar justicia, y que en razón de esto, se debe proteger a la prueba testimonial de cualquier garantía a efecto de que el declarante no sea influenciado para alterar la verdad real de los hechos delictuosos.

Sobre el particular, el autor Marco Antonio Díaz De León²⁰³, expone sus ideas:

“...Debido a que en el proceso penal no ha perdido relevancia este medio de probar, resulta importante proteger a la prueba testimonial de todas las garantías posibles, a efecto de que los jueces puedan satisfacer su convicción de la mejor manera, ya que aun suponiendo la honestidad del testigo, por su imaginación o por el tiempo transcurrido entre el suceso y su declaración, puede resultar que su declaración no se apegue a la verdad de los hechos por él relatados...”

No obstante lo expuesto por el referido doctrinario, en mi concepto, la necesidad de crear normas como el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que protege la situación procesal del testigo en su

declaración, se debe a la experiencia del pasado en donde encontramos diversos antecedentes que han atentado no sólo respecto al aspecto jurídico sino también a su persona, según lo vimos en los capítulos I y II, de esta investigación. Vid. Supra p. 1 y 15.

Además de que, como lo dejamos establecido en el capítulo X, el testigo cuenta con diversos derechos y garantías procesales de los que debe ser informado previo a su declaración para que sean respetados durante la misma.

Romper el paradigma que significa proteger a la prueba testimonial de cualquier garantía, implica aceptar la coexistencia de la asistencia legal al testigo sin trastocar la esencia del testimonio, pues en ese sentido debe ser interpretada la prohibición que tiene el abogado de inducir o producir la respuesta de su asistido precisamente porque no debe influir en el relato de los hechos presenciados por el declarante.

3.1.- El derecho a la asistencia legal con relación a la situación procesal del inculpado.

No podemos dejar de considerar que el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, también ampara a las personas que tengan que rendir declaración en la averiguación previa, en calidad de indiciados; sin embargo, es importante hacer el siguiente análisis sobre el punto planteado.

Nótese que el artículo en estudio refiere “...*tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él...*”; es decir, ciñe la función de asistencia única y exclusivamente a un profesional del derecho designado por el declarante.

²⁰³ Marco Antonio Díaz De León. *Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal*. Tomo II, 3ª ed. Ed. Porrúa, Mexico, 1997, 2549 p.

Esto último no encaja en la situación procesal del acusado, toda vez que como bien se advierte de la fracción IX, apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, este sujeto bien puede defenderse por sí, por abogado o persona de su confianza, y en caso de que no desee hacerlo o no pueda designarlo, el Representante Social le nombrará a uno de los defensores públicos u oficiales. El mismo trámite se prevé en el inciso b), fracción III, del diverso 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

En consecuencia, no sería legal que la autoridad investigadora exigiera al inculpado que designará invariablemente a un experto en derecho, dado que la prerrogativa que se establece a su favor en la Máxima Ley del País, le permite hacerlo por sí, por abogado o persona de confianza, lo que prevalece en todo momento. En este sentido se encuentra la tesis que a continuación me permito citar:

“DECLARACIÓN MINISTERIAL FEDERAL. NO CONSTITUYE REQUISITO LEGAL QUE LA PERSONA QUE ASISTA A LOS INculpADOS EN SU DESAHOGO SEA NECESARIAMENTE UN LICENCIADO EN DERECHO. Una correcta interpretación de lo dispuesto en el artículo 20, fracción X, párrafo cuarto, constitucional, lleva a considerar que no necesariamente debe ser un profesional del ramo la persona que asista a los inculpados cuando rindan sus declaraciones ministeriales en una averiguación previa federal. Ello es así, porque la garantía de defensa consagrada en ese precepto fundamental, que textualmente refiere que: "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan.", se encuentra sujeta a las limitaciones y reglamentaciones que al respecto se establezcan por el legislador ordinario en la legislación procesal respectiva y, al no señalarse la mencionada exigencia para colmar tal garantía en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual resulta aplicable al regir específicamente a esa garantía en esta fase previa procedimental, *es inconcuso que los inculpados se encuentran autorizados para ejercer dicha garantía constitucional por sí, por un abogado, o por persona de su confianza. De ahí, que para el debido desahogo de esas diligencias ministeriales no se requiera que la designación aludida recaiga, forzosamente, en un perito en derecho o profesional del ramo.*

Amparo directo en revisión 198/99. 21 de junio de 2000. Cinco votos.
Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Arturo Aquino Espinosa.²⁰⁴

Otro de los aspectos que necesariamente debemos estimar es el hecho de que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, establece la prohibición del abogado de comunicarse con el declarante, pues como puede verse, no puede inducir ni producir la respuesta de su asistido, lo que va en contra de la amplia garantía de defensa del indiciado relacionada con la fracción II, del apartado A, del citado artículo 20 de la Máxima Ley del País, que establece el derecho a abstenerse de declarar, lo que puede llevar a cabo en cualquier momento de su declaración por iniciativa propia o por recomendación de su defensor, lo que significa una intervención directa de este último en la voluntad del inculpado. Además de que tal mandato no está sujeto a condición alguna, según se advierte del cuarto párrafo de la fracción X, del citado numeral.

El autor Jorge Alberto Silva Silva²⁰⁵, es de la opinión que el artículo 127 bis en estudio, provoca una confrontación con el derecho constitucional y lo expone así:

“Vemos en esta disposición el derecho a la asistencia por un profesional del derecho. Aunque en esta disposición se establece, la última parte creemos que va a suscitar algunos problemas prácticos, pues nos encontraremos una confrontación entre el derecho constitucional a la amplia defensa y amplia comunicación, contra la prohibición de comunicarse con su defendido para “inducir las respuestas”

¿De qué manera podrá respetarse el derecho a la comunicación establecida en nuestra Constitución? (amplia y libre comunicación, e incluso secreta) cuando en la ley secundaria se prohíbe al defensor establecer una comunicación con su defendido, aunque sea para evitar alteraciones a la verdad.

Creemos que por muy explicable que sea la ley secundaria, ella va contra el texto constitucional.”

²⁰⁴ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época. Primera Sala, Tomo XII, diciembre de 2000, Tesis: 1ª. XXXVI 2000, 241 p.

No comparto del todo la postura muy respetable de Juan Alberto Silva Silva, pues si bien es innegable que el contenido del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, confronta a las garantías constitucionales que se establecen para los inculpados, ello no puede llegar a provocar un problema en la práctica porque como lo he venido sosteniendo, no se puede ignorar que éstos (acusados) cuentan con una norma jerárquicamente superior al numeral motivo de estudio, como lo es, el texto de las fracciones II, IX y último párrafo, de la fracción X, del apartado A, del artículo 20 de la Constitución General de la República, que por ese sólo hecho, prevalecen sobre cualquier precepto legal secundario; y además, tienen una regla especial, que es el diverso 128, fracción III, inciso b), del Código de Procedimientos Penales, que en todo caso, es el que resultaría aplicable desde el punto de vista procesal, dado que es el que reglamenta la disposición constitucional citada; y además, el Representante Social tiene el deber de observarlo en el trámite de la averiguación previa.

Por todas estas razones, considero que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no puede tener el carácter de inconstitucional con relación al inculpadado porque su situación procesal no depende exclusivamente de dicho numeral sino que cuenta con las garantías constitucionales establecidas en las fracciones II, IX y el último párrafo de la fracción X, apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, mismas que no pueden dejar de observarse por el Ministerio Público en el trámite de la indagatoria.

Todo lo anteriormente señalado, me lleva a estimar que la intención del legislador al crear el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, no era referirse exclusivamente al indiciado porque en realidad para éste existe una regla especial que es el artículo 128 del mismo Ordenamiento Legal, que le permite

²⁰⁵ Jorge Alberto Silva Silva *Código Federal de Procedimientos Penales*. 2ª ed. Herla, México, 1993. 528 p.

defenderse por sí mismo, por abogado o persona de confianza; sino que constituyó una verdadera garantía procesal para toda aquella persona que tuviera que rendir declaración en la averiguación previa -entre los que se encuentra el testigo- de concederles la posibilidad de que sean asistidas por un abogado.

Esto lo confirma el estudio del Doctor Sergio García Ramírez en su obra "*Proceso Penal y Derechos Humanos*"²⁰⁶, en la que señala lo siguiente:

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

Como se ve, la intención del legislador fue en todo momento de establecer un vocablo amplio que permitiera a toda persona tener acceso a la asistencia de un abogado durante su comparecencia ante el Agente del Ministerio Público Federal o sus órganos auxiliares.

Ahora bien, no debemos olvidar que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, es una norma que se adelantó a su tiempo, ya que ésta se erigió como una garantía procesal de toda persona que tuviera que rendir declaración en la averiguación previa, pues como lo vimos en el capítulo II Vid. Supra p. 23, dicha disposición legal nació en la reforma al CFPP, mediante Decreto emitido por el H. Congreso de la Unión, de fecha 20 de diciembre de 1990 y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1991.

²⁰⁶ Sergio García Ramírez. Op. cit. 87 p.

Conforme a lo anterior, se otorgó participación al defensor en la fase de averiguación de previa, que antes de tal enmienda estaba vedada en esa etapa procedimental.

Sin embargo, con la reforma a la fracción X, del artículo 20 de la Carta Magna, de fecha 2 de septiembre de 1993, publicada al día siguiente en el Diario Oficial de la Federación²⁰⁷, se le adicionó en ese entonces, el penúltimo párrafo (ahora es el último), que dice: ***“Las garantías previstas en las fracciones V, VII, y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna.”***, vino a dejar en claro la garantía de defensa del acusado en la indagatoria y el Ministerio Público se vio obligado a observarla en todo momento.

En mi opinión, este hecho histórico del derecho constitucional despejó cualquier problemática que en la práctica se pudiera presentar con motivo de la aplicación del artículo 127 bis del CFPP, en relación con la situación procesal del inculcado, ya que en todo caso, la disposición que se tiene que observar desde aquella fecha, es la de la norma suprema mencionada.

También es importante mencionar, que a pesar de lo señalado en el párrafo que antecede, el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, quedó incólume hasta nuestros días. Esto me permite considerar, que en la actualidad, dada la existencia de la amplia garantía de defensa del inculcado en la averiguación previa, el precepto en estudio (art. 127 bis del CFPP) ha dejado de tener aplicación para este sujeto; y en razón de ello, no puede considerarse que sea inconstitucional.

En consecuencia, también podemos decir que la asistencia legal que se prevé en el citado artículo, actualmente es un derecho de todas aquellas personas en condición diferente a la del indiciado, como lo son los testigos y las víctimas de los delitos.

3.2.- ¿Por qué el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es una norma idónea a la situación procesal del testigo?

Pienso que el artículo 127 bis en estudio es afín a la situación procesal de personas distintas al indiciado, como lo es el testigo, porque el hecho de que el Ministerio Público no le designe a un abogado para que lo asista en su declaración, en el supuesto de que el declarante (testigo) no desee hacerlo o no pueda, no infringiría ninguna disposición del Pacto Federal; lo que quiere decir, que la declaración del testigo puede ser recabada sin la presencia de un letrado siempre y cuando exista constancia de que se le hizo saber tal derecho; lo que no podría suceder respecto de los inculpados, ya que aquí invariablemente deberá estar presente un defensor particular u oficial.

En el caso de los testigo también es factible la prohibición al abogado de inducir o provocar la respuesta de su asistido, porque éste tiene la obligación de decir la verdad sobre los hechos que se investigan; es decir, la deposición sobre el aspecto histórico del suceso no puede ser manipulada ni alterada por ningún factor externo a la voluntad de quien declara; de ahí que, el experto en leyes sólo pueda impugnar las preguntas que se le formulan porque efectivamente pudieran tener el carácter de ser inconducentes o contrarias al derecho.

Sin embargo, en la práctica puede presentarse la ocasión de que el Ministerio Público formule preguntas al testigo con la intención de descubrir su probable

²⁰⁷ Diario Oficial de la Federación. 3 de septiembre de 1993, p.

participación en el hecho delictuoso (acción u omisión), en cuyo evento sostengo que en ese momento adquiere la calidad de indiciado y está en aptitud legal de ejercer el derecho que le concede la fracción II, apartado A, de la Constitución General de la República; y por ende, abstenerse de responder dicha interrogante por iniciativa propia o por recomendación del abogado que lo asiste, ya que igualmente por la circunstancia que se presenta está en condiciones de actuar como defensor en términos de lo que dispone la fracción IX, del mencionado precepto constitucional.

En otras palabras, en mi criterio, la prohibición de inducir o producir la respuesta de su asistido sólo opera cuando al declarante se le trata con la calidad de testigo, es decir, cuando se le hacen preguntas sobre hechos ajenos desligados de su persona que es la esencia del órgano de prueba (testigo) informar lo que sabe acerca del acontecimiento que se investiga; pero cuando se le considera con algún grado de responsabilidad en la comisión del delito, ese veto que impone el artículo 127 bis del Código de Procedimientos de Penales, de comunicarse con su asistido, deja de tener efectos, porque la autoridad investigadora no podrá exigir su cumplimiento cuando el compareciente pueda incriminarse al dar respuesta al cuestionamiento que se le formula; por lo que, legalmente puede abstenerse de hacerlo dado que estaría ante una causa de justificación derivada de la garantía constitucional citada, como lo veremos más adelante.

4.- El concepto de pregunta “inconducente”

Es importante hacer el estudio de lo que se debe entender por “pregunta inconducente”, porque de ello dependerá la actividad que realice el abogado que asiste al testigo en su declaración. Además de identificar cuándo se está ante una interrogante de tal naturaleza.

Primeramente debemos establecer que significa el vocablo “pregunta”, que de acuerdo con el Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado de Ramón García-Pelayo y

Gros²⁰⁸, se define como: “*PREGUNTA f. Interrogación que se hace para que conteste uno lo que sabe acerca de una cosa...*”; lo que no requiere mayor explicación, pues el significado es perfectamente claro.

Ahora bien, en el ámbito jurídico se recurre frecuentemente al término “inconducente”, y como ejemplo, me permito citar la siguiente tesis que invoca tal palabra en su rubro y texto:

“AGRAVIOS EN LA REVISION. CUANDO SU ESTUDIO ES INCONDUCTENTE. Si el a quo sobreesió en el juicio por varias causas de improcedencia, entre ellas por la prevista en la fracción XII del artículo 73 de la Ley de Amparo y los agravios formulados en relación con ésta última resultan infundados, es inconducente el estudio de los agravios que se hacen valer respecto de las otras causas de improcedencia, porque aun cuando se estimaran fundados, ello no conduciría a la revocación de la sentencia recurrida, por permanecer firme una de ellas **TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.**

Amparo en revisión 146/75. José Martino Ramos. 11 de abril de 1975. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto Liévana Palma.²⁰⁹

Del mencionado precedente se desprende que al declarar infundado uno de los agravios bastaría para dejar firme el sobreseimiento, lo que quiere decir, que en ese caso se utilizó el vocablo “inconducente” porque el hecho de estudiar los demás conceptos de inconformidad de la parte recurrente y aún en el supuesto de declararlos fundados, no conduciría a revocar la sentencia, que es el objetivo de esta última, al quedar firme una de las causas de improcedencia materia de revisión.

Sin embargo, no encontramos una definición desde el punto de vista del derecho; por lo que fue necesario buscar su acepción en el Diccionario de la Real

²⁰⁸ Ramón García-Pelayo y Gros. Op. cit. 832 p.

²⁰⁹ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 76 Sexta Parte, 18 p, Disco Compacto IUS 2001, Registro número 254,671”

Academia Española de la Lengua²¹⁰, que lo describe como: *"INCONDUCENTE: Adj. p. us. No conducente para un fin."*

Los argumentos anteriores, me permiten afirmar que una "pregunta inconducente", es aquella interrogante que no conduce a un fin determinado.

Pero ¿Cuál podría ser una pregunta inconducente en relación con la situación procesal del testigo?

En mi opinión, para dar respuesta a lo anterior, resulta indispensable considerar el contenido del artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

"Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos."

Conforme a lo que antecede, el testigo está obligado a declarar sobre los hechos que se investigan y las preguntas que se le hagan por las partes deberán guardar relación con los mismos. Luego entonces, en razón del análisis efectuado, tendrá el carácter de pregunta inconducente aquella interrogante que no guarde relación con los acontecimientos que se indagan, porque no conduce al fin de conocer la información que el testigo tiene sobre la comisión del delito.

En este orden de ideas, si el Ministerio Público le formula una pregunta con esas características (no vinculada con los hechos) surge el derecho del testigo a que su abogado impugne tal cuestionamiento, de acuerdo con el segundo párrafo, del artículo 127 bis del CFPP; y desde luego, no está obligado a responderla precisamente por no estar relacionada con los presuntos sucesos ilícitos; por tanto,

²¹⁰ Página en Internet de la Real Academia de la Lengua, que se localiza en la dirección www.rae.es.

sería ilegal que el Representante Social a pesar de la objeción del letrado persistiera en su postura de formularla y que fuera contestada.

5.- El concepto de pregunta “contra derecho”.

La palabra “contra” es una preposición que denota oposición, encuentro, choque, así se define en el Diccionario Pequeño Larousse Ilustrado de Ramón García-Pelayo y Gros.²¹¹

De acuerdo con el Diccionario de Derecho de Rafael De Pina y Rafael de Pina Vara,²¹² “derecho” significa: *“En general se entiende por derecho todo conjunto de normas eficaz para regular la conducta de los hombres, siendo su clasificación más importante la de derecho positivo y derecho natural...”*.

Desde el punto de vista judicial, me permito citar la siguiente tesis que nos da la idea de lo que se entiende por la expresión “contra derecho”.

“PRUEBAS EN EL AMPARO, CASOS EN QUE DEBEN ESTIMARSE CONTRA DERECHO. Conforme al artículo 150 de la Ley de Amparo, en el juicio de garantías es admisible toda clase de pruebas, excepto la de posiciones y las que fueren contra la moral o contra derecho. Ahora bien, si en un juicio de garantías se ofrece la prueba de inspección ocular, para demostrar que unas corrientes de agua, son permanentes desde el punto en que brota la primera agua, hasta su desembocadura, el juez de distrito está en lo justo al no admitir dicha prueba, por ser contraria a derecho, ha que el hecho que pretende demostrarse por medio de la misma, no puede apreciarse por los sentidos, que es el objeto de toda inspección ocular, sino que se necesitan conocimientos especiales, que solamente poseen los técnicos o peritos en la materia.

TOMO LXXII, Pág. 5278.- Secretaria de Agricultura y Fomento.- 15 de Junio de 1942.- Cuatro votos.²¹³

²¹¹ Op. cit 268 p.

²¹² Op. cit 228 p.

²¹³ Semanario Judicial de la Federación. Quinta Epoca, Segunda Sala, Parte: LXXII Tesis, 5278 p.”

Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Parte: LXXII Tesis: Página: 5278”

Como puede verse, del precedente mencionado se desprende que el concepto “contra derecho”, se centró en que la prueba ofrecida fue una inspección ocular; sin embargo, el hecho que se pretendía demostrar no podía apreciarse por los sentidos que es la esencia de la mencionada probanza, sino que requería de conocimientos especiales que sólo puede proporcionar un perito en la materia; de ahí que, se le dio el carácter de ser contra derecho, específicamente porque atenta contra la naturaleza misma del referido medio de convicción (inspección), que debe satisfacerse únicamente con la llamada “vista de ojos”.

En esa tesitura una pregunta “contra derecho”, la podemos definir, como la interrogante que se opone a las normas jurídicas que regulan el caso de donde deriva.

Tomando en cuenta los razonamientos anteriores, una pregunta “contra derecho”, es aquella que se formula al declarante bajo la calidad de testigo, en el sentido de descubrir su probable participación en la comisión del delito, dado que ese tipo de cuestionamientos sólo puede hacerse a quien se le ha otorgado la calidad de indiciado y se le ha informado de todas las garantías que en su favor establece la Constitución General de la República, en su artículo 20, apartado A.

En mi opinión, para detectar una pregunta “contra derecho”, es necesario tener en mente la definición de testigo, que establecimos en el capítulo III, de este trabajo. Vid. Supra p. 47.

La nota distintiva que se debe tomar cuenta con relación al tema de que se trata, es la concerniente a que el testigo es ajeno a la controversia; por lo tanto, su

función es relatar los hechos que presencié y que están desligados de su persona; es decir, su status procesal supone que no tuvo participación en los mismos.

En tal virtud, si la autoridad investigadora le hace una pregunta con el afán de que reconozca hechos propios porque sospecha de su probable intervención en la secuela delictiva, esa interrogante atenta contra la legalidad porque no es idónea a su calidad de testigo; máxime que en esa situación adjetiva está obligado a declarar sobre los hechos que se investigan de conformidad con lo que establece el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales; por lo tanto, podría interpretarse como una manera de constreñirlo a que responda, lo que está prohibido por la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, garantía que debe recordarse no está sujeta a condición alguna.

No puedo dejar de considerar, la posibilidad real de que efectivamente el testigo haya tenido algún grado de participación en el delito; pero si esto es así, entonces, el Representante Social deberá informarle que su situación procesal cambie a la de indiciado, en cuyo caso le deberá hacer saber los derechos que tiene en tal carácter conforme a lo establecido en la fracción IX, apartado A, del artículo 20 Constitucional en relación con el 128, fracción III, porque si lo sigue declarando como testigo y éste confiesa su intervención antijurídica, en mi opinión, esta prueba sería ilícita como lo analizaremos más adelante. Vid. *Infra* p. 305.

Recuerdo un caso que se inició con motivo de una denuncia presentada por la Comisión Federal de Electricidad en contra de quien resulte responsable y por el delito que resultare. En este asunto, el Fiscal citó a una persona para que declarara como testigo respecto a los hechos denunciados, incluso en el acta de su declaración hizo constar la calidad con la que compareció (testigo); además mencionó el artículo 127 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales y que contó con la presencia del defensor oficial.

Sin embargo, el Ministerio Público le otorgó valor de confesión a su versión y ejerció acción penal en su contra por el delito de fraude; pero lo más increíble es que el Juez también consideró lo mismo y emitió la orden de aprehensión para posteriormente dictarle auto de formal prisión por dicho ilícito, en el proceso número 16/2001, que se tramitó en el Juzgado Cuarto de Distrito de la ciudad de Monterrey, N.L.

Es decir, se ordenó su detención y prisión preventiva con base en una prueba que desde mi punto de vista es ilícita porque esa supuesta confesión debe entenderse que fue obtenida no de manera espontánea sino forzada por la situación de que estaba siendo declarado como testigo, en cuyo caso era obligatorio que respondiera las preguntas del Ministerio Público.

Otro aspecto que considero dentro de las preguntas “contra derecho”, son aquellas que se hacen al testigo cuando es detenido ilegalmente. Al respecto véase la siguiente tesis:

“TESTIGOS, VALOR DE SUS DECLARACIONES CUANDO SON DETENIDOS Y COACCIONADOS EN FORMA ILEGAL. Si bien es cierto que en el procedimiento penal, acorde al principio de inmediatez procesal, debe darse preferencia a las primeras declaraciones que los testigos producen recién verificados los hechos y no a las modificaciones o rectificaciones posteriores, también es, que tal criterio sólo es aplicable cuando la primera declaración está rendida en términos legales, esto es, por persona con criterio suficiente para juzgar el acto que tenga imparcialidad, que conozca los hechos por sí mismo, que los narre en forma clara y precisa y sin coacción ni violencia, ante funcionario de policía judicial que practique la averiguación previa, *por lo que, en el caso, en que ilegalmente se detiene a dichos testigos, sin que exista denuncia o acusación ni dato alguno que haga presumir la participación del acusado en el delito que se le imputó, y se les mantiene privados de su libertad sin que exista razón que justificara su detención, tal circunstancia trae como consecuencia la presunción de que los testimonios así obtenidos, fueron coaccionados, y por ende, sus declaraciones carecen de valor probatorio, por no reunir los requisitos exigidos en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales*

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 281/90. Saúl Bravo Gutiérrez. 29 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Morales Hernández. Secretario: Miguel Avalos Mendoza.”²¹⁴

Bajo la perspectiva del precedente mencionado, el simple hecho de privar de su libertad al testigo, ya constituye de por sí, una acción ilegal que necesariamente repercute en el valor probatorio del testimonio, porque todas las preguntas que se le pudieran hacer en esas condiciones tendrían el carácter de ser contra derecho, porque en principio, el Código Federal de Procedimientos Penales, no establece la posibilidad de que los testigos puedan ser detenidos, sin que esto se confunda con la orden de comparecencia ni con el arraigo, que revisten otro tipo de características, pues el ejemplo radica esencialmente en la decisión irregular de proceder a detenerlos sin que medie un motivo justificado.

Un diverso ejemplo de lo que hemos venido analizando, es el artículo 242 del Código Federal de Procedimientos Penales, que exige que las preguntas guarden relación con los hechos, lo que me permite estimar que si una interrogante no tiene tales características, es contraria a la norma citada; y por esa razón, es también “contra derecho”

En este orden de ideas, también debemos considerar que una pregunta revestiría el carácter de ser contra derecho, cuando se le interroga al testigo a pesar de que esté manifestado encontrarse en alguno de los supuestos legales del artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales; es decir, cuando tiene algún vínculo con el inculcado; o bien, cuando no se le hizo saber que en estos casos tiene derecho de abstenerse de declarar.

²¹⁴ Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Primer Tribunal colegiado del Décimo Quinto Circuito. Tomo VIII-julio. 229 p.

6.- Función del abogado nombrado por el testigo para lograr una adecuada asistencia legal.

Antes de entrar al tema en forma específica, es conveniente apuntar que el primer párrafo, del artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, dice: *Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, tendrá derecho a hacerlo asistido por un **abogado** nombrado por él.*”; es decir, la función de asistencia al declarante sólo la puede llevar a cabo un profesional del derecho que justifique debidamente estar autorizado para ejercer la profesión exhibiendo en la diligencia la cédula que expide la Dirección General de Profesiones dependiente de la Secretaría de Educación Pública, que constituye la prueba de que cuenta con licencia para ello, ya que de otra manera no se cumpliría con el contenido de la disposición legal.

Por eso considero importante conocer el significado del concepto “abogado”, y para esto recurrimos a las ideas del autor Carlos Barragán Salvatierra²¹⁵ que lo define desde el punto de vista etimológico, de la siguiente manera:

La palabra abogado proviene de la voz latina *advocatus*, que a su vez está formada por la partícula *ad*, a o para, y por el participio *vocatus*, llamado; es decir, llamado a o para, porque en efecto, estos profesionistas son requeridos por los litigantes para que los asesoren o actúen por ellos en las contiendas judiciales...”

Por su parte, Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara²¹⁶, lo definen como:

“ABOGADO.- Profesional del derecho que ejerce la abogacía. Para el ejercicio de esta profesión es requisito *sine qua non*, tener el título de la licenciatura en derecho y obtener la cédula correspondiente de la Dirección General de Profesiones...”

²¹⁵ Carlos Barragán Salvatierra. Op. cit. 230-232 ps.

²¹⁶ Op. cit. 16 p.

Así las cosas, no hay duda de que el artículo en análisis exige que sea un abogado el que asista al declarante –llamase indiciado, testigo o víctima del delito– durante el desarrollo de su deposición.

Sin embargo, como ya vimos en los apartados precedentes, la problemática de inconstitucionalidad que en apariencia se presenta con relación a la situación procesal del indiciado, respecto a que sería contrario al Pacto Federal, el hecho de exigirle que invariablemente fuera un abogado quien lo defendiera, no es tal, dado que en este caso cuando se trata del inculpado, considero que prevalece el derecho de hacerlo por sí, por abogado o persona de confianza, de acuerdo con lo que establece el artículo 20, apartado A, fracción IX y X, último párrafo, de la Constitución General de la República y el 128, fracción III, inciso B), del Código Federal de Procedimientos Penales, que serían las disposiciones aplicables para el acusado y no el artículo 127 bis del CFPP; ello a pesar de que este último, prevenga en su primer párrafo, “Toda persona”; es decir, este concepto por su sentido lato sensu lo incluye; pero en razón de la norma especial que constituye el citado artículo 128 del CFPP, esta es la que resulta aplicable; por lo tanto, cuando se trate del inculpado siempre estará en aptitud de defenderse por sí, por abogado o persona de confianza, sin que se le constriña a designar únicamente a un profesional del derecho.

En ese orden de ideas, llegamos a la conclusión de que el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, es una regla especial para toda persona en condición diferente a la del acusado, como lo son los testigos, que es el tema que nos ocupa.

6.1. La posibilidad de impugnar las preguntas inconducentes y contra derecho.

El segundo párrafo, del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, establece “El abogado podrá impugnar las preguntas....”. Esto constituye la función principal del abogado que asiste al testigo, pues como lo veremos más adelante, tiene la prohibición de producir o inducir a respuesta, lo que significa que no puede tener ninguna comunicación con su asistido en ninguna forma de lenguaje; luego entonces, su actuar se ciñe únicamente a objetar aquellas preguntas que juzgue inconducentes o contra derecho, las que ya fueron motivo de estudio en los incisos 4 y 5 de este capítulo.

De acuerdo con el Diccionario Porrúa de la Lengua Española²¹⁷, “impugnar” significa: “*Combatir, contradecir, refutar.*”

En el Diccionario de Derecho de Rafael De Pina y Rafael De Pina Vara²¹⁸, se contempla el vocablo “Impugnación”, que lo define como: “*Acción y efecto de atacar. Tachar o refutar un acto judicial, documento, deposición testimonial, informe de peritos, etc, con el objeto de obtener su revocación o invalidación (COUTERE, Vocabulario jurídico)*”.

Conviene mencionar que el vocablo “impugnar” tiene los siguientes sinónimos: Oponerse, rechazar, combatir, refutar, contradecir, rebatir, replicar, discutir, objetar, según el Diccionario de Sinonimos y Antónimos de Editorial Grijalbo²¹⁹

Bajo la óptica de los conceptos anteriores, es pertinente establecer que la acción de impugnar las preguntas inconducentes o contra derecho, por parte del

²¹⁷ Antonio Raluy Poudevida *Diccionario Porrúa de la Lengua Española* 47ª ed. Ed. Porrúa, México, 2002. 393 p.

²¹⁸ Op. cit. 315 p.

²¹⁹ Diccionario de Sinonimos y Antonimos. Ed. Grijalbo, S.A. de C.V., Mexico, 1997. 303 p.

abogado que asiste al testigo en su declaración tiene la clara finalidad de oponerse a que se le formulen.

Aquí surge la interrogante ¿Para cumplir con una adecuada asistencia legal al testigo, bastará la simple manifestación del abogado en el sentido de que impugna u objeta la pregunta?

En mi opinión, no es suficiente que sólo se le manifieste al Agente del Ministerio Público o a sus órganos auxiliares, que se impugna la pregunta por ser inconducente o contra derecho, pues atendiendo al significado de la palabra "impugnar" que también significa contradecir, el abogado deberá exponer las razones por las cuales considera que la pregunta no reúne las condiciones de legalidad que se requieren para que pueda ser formulada, a fin de que el Funcionario Público encargado de la diligencia pueda pronunciarse al respecto.

También es importante cuestionarnos ¿Hecha la impugnación de la pregunta por parte del abogado, el Ministerio Público está impedido para formularla?

Este punto representa un problema en la práctica porque regularmente el punto de vista de la autoridad no coincide con el de las partes, además recuérdese que en este caso, el Ministerio Público se encuentra en calidad de interrogador, lo que difícilmente le permitiría calificar la interrogante con objetividad; por tanto, en un momento dado pudiera ser descartada la petición del letrado y mantenerse firme la postura del Representante Social de formularla al testigo y que la conteste, ya que el artículo 127 bis del CFPP, no le impone prohibición alguna en ese sentido.

En razón de lo anterior, considero que el Agente del Ministerio Público no está impedido para continuar con la formulación de la pregunta a pesar de la impugnación

hecha por el abogado que asista al testigo; de ahí, la importancia de ejercer una activa y adecuada asistencia jurídica al declarante.

Si bien la finalidad de la acción de impugnar es obtener la revocación o invalidación de lo que se objeta, es importante señalar que en el caso en estudio, la retractación o no, de la formulación de la pregunta, en realidad queda al prudente arbitrio de la autoridad investigadora.

6.2. Pedir que se asiente en el acta la impugnación de la pregunta hecha por el abogado.

Es importante que el abogado que asiste al testigo exija que se asienten en el acta las razones y fundamentos legales que constituyen la impugnación, dada la trascendencia futura que podría tener para la protección jurídica del testigo.

Si bien el artículo 127 bis del CFPP, no establece específicamente que se asiente la objeción a la pregunta, ello no es obstáculo para que el Ministerio Público se niegue a hacerlo, ya que también debe tomarse en cuenta la garantía de audiencia que prevé el artículo 14 Constitucional, a favor de todo gobernado, la que incluso debe ser observada invariablemente aún cuando la ley secundaria no la contemple; y para ello, es importante considerar la siguiente tesis:

“AUDIENCIA, GARANTIA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCION IMPUGNADA NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO. La circunstancia de que no exista en la ley aplicable precepto alguno que imponga a la autoridad responsable la obligación de respetar a los interesados la garantía de previa audiencia para pronunciar la resolución de un asunto cuando los actos reclamados lo perjudican, no exime a la propia autoridad de darle oportunidad de oírlo en defensa, en atención a que, en ausencia de precepto específico, se halla el mandato imperativo del artículo 14 constitucional que protege dicha garantía a favor de todos los gobernados, sin excepción.

Amparo en revisión 2900/83. Irineo Meza Naranjo y otros, en representación del ejido denominado El Mezquitillo, perteneciente a la Sindicatura de Costarrica, Municipio de Culiacán, Sinaloa. Mayoría de cuatro votos. 19 de junio de 1986. Disidente: Guillermo Guzmán Orozco. Engrose: Victor Manuel Franco Pérez.

Séptima Epoca, Séptima Parte:

Volúmenes 199-204, página 358. Amparo en revisión 6467/81. Sucesion a bienes de Manuel Valdez Enciso. 7 de octubre de 1985. Mayoria de tres votos. Disidente: Guillermo Guzmán Orozco. Ponente: Victor Manuel Franco Perez.

Vease: Apendice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Octava Parte, Común, tesis 66, página 112, bajo el rubro "AUDIENCIA, GARANTIA DE. DEBE RESPETARSE AUNQUE LA LEY EN QUE SE FUNDE LA RESOLUCION NO PREVEA EL PROCEDIMIENTO PARA TAL EFECTO."²²⁰

En tal virtud, si no quedara asentada la objeción y la pregunta se formulara quedaría como legalmente valida al no haber constancia de que haya sido impugnada por el abogado que asiste al testigo; por lo tanto, supongamos que se hace una interrogante al declarante con la intención de descubrir su participación en el hecho delictuoso, que por no ser idonea a la condición del testigo, es contraria a derecho, y en la respuesta reconoce su participación en la comisión del delito, ello pudiera traer como consecuencia, que el Agente del Ministerio Público le otorgara la calidad de confesión, pues en apariencia se dan los requisitos del artículo 207 del Código Federal de Procedimientos Penales, y en su caso, ejercer acción penal en su contra por el delito o delitos que resultaran probados en la indagatoria.

El hecho de que obre en el texto de la diligencia la impugnación del abogado, protege al testigo de que en un momento dado y no obstante de haber reconocido su participación en el delito, el Juez le reste valor probatorio y no se tenga como una confesión, puesto que el declarante fue informado de que se recabaría su testimonio en calidad de testigo y no como indiciado, lo que significa que no se recabó con las formalidades establecidas en el artículo 20, apartado A, de la Constitución General

²²⁰ Semanario Judicial de la Federación Séptima Epoca, Sala Auxiliar, Tomo: 205-216 Séptima Parte, p. 293, IUS 2002, disco compacto numero 2. registro numero 245,268.

de la Republica; y en tales circunstancias, tendría una alta probabilidad de que se negara su aprehensión.

6.3. La obligación del Ministerio Público de la Federación y de sus órganos auxiliares de dictar acuerdo sobre la impugnación del abogado a la pregunta formulada.

Como ya lo hemos señalado, el segundo párrafo, del artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, establece la posibilidad de que el abogado que asista al testigo impugne aquellas preguntas que considere inconducentes o contra derecho, de lo que también ya hemos establecido nuestra postura.

Sin embargo, el citado precepto legal no impone al Representante Social la obligación de dictar acuerdo sobre el señalamiento de la objeción a la interrogante formulada.

Aquí es importante recordar que el Ministerio Público es interrogador en su calidad de autoridad y no como parte en un proceso; por lo tanto, en mi opinión tiene la ineludible obligación de dictar acuerdo sobre la refutación del abogado a la pregunta planteada al testigo.

En efecto, el Representante Social como cualquier otra autoridad del País tiene el deber de dictar el proveído respectivo a las solicitudes de los gobernados en observancia al derecho de petición establecido en el artículo 8º de la Constitución General de la República, pues no obstante que la ley secundaria sea omisa en relación a la exigencia del acuerdo correspondiente; ello no significa que el Investigador está exento de dictarlo en el acto de la diligencia, porque en mi opinión, en este caso, prevalece el texto del precepto constitucional indicado; por lo tanto, está constreñido a observarlo en todo momento.

Primeramente debo dejar en claro, que el Ministerio Público en la integración de la averiguación previa, es autoridad para todos los efectos legales; y sobre el particular es oportuno citar la tesis que es del tenor siguiente:

“MINISTERIO PUBLICO. ES AUTORIDAD EN LA AVERIGUACION PREVIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA). Conforme a los artículos 16 párrafos quinto y séptimo, 20 fracción II y 21 constitucionales y por los diversos 56 a 73 del Código de Procedimientos en Materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, ***el Ministerio Público, dentro de la averiguación previa actúa como autoridad, en su calidad de órgano persecutor de los delitos***; en tal virtud, considerando al Código de Defensa Social de la entidad federativa mencionada como un conjunto de normas generales, de observancia obligatoria, su aplicación no es exclusiva de la autoridad judicial, motivo por el cual el artículo 90 del último ordenamiento legal citado, que establece: “Cuando con motivo del tránsito de vehículos se cometiere algún delito, esos vehículos no se devolverán hasta que se haya cubierto o garantizado la reparación del daño.”, es evidente que faculta tanto al Ministerio Público en la averiguación previa como a la autoridad judicial en el proceso correspondiente, para ordenar la devolución de los vehículos que han sido puestos a su disposición, siempre y cuando se actualice la hipótesis a que se refiere la disposición legal transcrita.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 219/96. Baldomero Méndez Ortigoza. 15 de mayo de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.²²¹

En esa tesitura, esto me permite afirmar con certeza que la impugnación del letrado que asiste al testigo en su declaración equivale a una petición hecha a la autoridad investigadora con la finalidad de que se invalide la pregunta formulada al declarante; por lo tanto, se espera que respecto a ello se dicte el acuerdo correspondiente, en atención al derecho de petición de todo gobernado y que el Ministerio Público como autoridad en la averiguación previa, tiene obligación de emitirlo y darlo a conocer al peticionario. Al respecto, conviene citar la siguiente tesis que alude al tema.

“PETICIÓN, DERECHO DE, EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. EL MINISTERIO PÚBLICO ESTÁ OBLIGADO A NOTIFICAR LOS ACUERDOS CORRESPONDIENTES. El Ministerio Público, durante la fase de averiguación previa, está obligado a respetar el derecho de petición del ofendido y del inculpado, consagrado en el artículo 8o. de la Constitución Federal, y por consiguiente, a notificarles los acuerdos correspondientes, excluyendo obviamente las actuaciones que por su naturaleza deben permanecer en sigilo, a fin de no entorpecer su función de investigación y persecución de los delitos.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revision 376/98. Bertha del Valle Monroy. 8 de octubre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Augusto Benito Hernández Torres. Secretaria: Leticia Morales García.

Vease: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, octubre de 1998, página 1134, tesis XXII.1o.25 A, de rubro: “DERECHO DE PETICION. AVERIGUACIÓN PREVIA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE HIDALGO).” y Octava Época, Tomo XIII, marzo de 1994, página 355, tesis XIX.2o.6 A, de rubro: “DERECHO DE PETICIÓN. EL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO CUANDO ACTÚA COMO AUTORIDAD DEBE RESPETAR EL.”²²²

Así las cosas, en mi criterio y conforme a lo antes expuesto, existe sustento legal para que el abogado exija al Agente del Ministerio Público se pronuncie sobre la objeción a la pregunta que éste último formuló al declarante; y en ese sentido, deberá exponer en la resolución respectiva si se abstiene de hacerla; o bien, si considera que no es inconducente o contra derecho, deberá exponer los motivos por los cuales lo estima así; ello con la finalidad de que el testigo conozca esas razones y se tomen en cuenta al momento de valorar la declaración testimonial en términos de los artículos 242 y 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dicen:

“Art. 242.- Toda persona que sea testigo está obligada a declarar con respecto a los hechos investigados. Las preguntas que formulen las partes deberán guardar relación con los hechos.

²²¹ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Tomo III junio de 1996, Tesis VI 2º 74 P. p. 873, IUS 2002, disco compacto número 1, registro número 202,146.

²²² Semanario Judicial de la Federación. Novena Época, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, Tomo VIII diciembre de 1998, Tesis XXII. 1º. 9 P. p. 1071, IUS 2002, disco compacto número 1, registro número 195,097.

El juez o tribunal desechará únicamente las preguntas que sean objetadas por impertinentes o inconducentes para los fines del proceso. El acuerdo de desechamiento será revocable. En todo caso el testigo dará razón de su dicho. Si el testigo no comparece a la primera citación, sin causa justificada, el juez ordenará que sea presentado a declarar.”

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

I.-Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II.-Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

III.-Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV.-Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.-Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

Estos artículos incluso deben ser tomados en cuenta por el Agente del Ministerio Público al momento de resolver sobre el ejercicio o inejercicio de la acción penal, por disposición expresa del artículo 132 del CFPP, pues para hacerlo, necesariamente tiene que hacer una valoración del material probatorio de la averiguación previa; y en su caso, tendría la oportunidad de descartar la respuesta dada por un testigo a una pregunta inconducente o contra derecho que haya sido impugnada por el abogado durante la declaración, pues precisamente en ello radica la finalidad de la garantía procesal establecida en el numeral 127 bis en estudio; es decir, que se invalide la interrogante por no reunir las condiciones de legalidad necesarias para que produzca efectos legales, como serían aquellas que no guarden relación con los hechos o sean inculpativas.

El mismo procedimiento debe observar el Juez al momento de resolver sobre la petición de orden de aprehensión, de ahí, la importancia de que se asiente en el acta la objeción a la pregunta y se pida el acuerdo del Representante Social.

6.4. ¿Por qué la prohibición de producir o inducir la respuesta de su asistido?

Esta expresión normativa constituye una verdadera protección al testimonio espontáneo del declarante; es decir, con ello se logra que el testigo no pueda comunicarse con su abogado durante el desarrollo de su declaración, lo que evita que pudiera considerarse –aunque no fuera así- fundadamente la alteración de los hechos que se investigan, pues recuérdese que el testigo está obligado a decir la verdad sobre los mismos.

6.5. ¿Es posible que el abogado aconseje a su asistido cuando la pregunta sea incriminatoria.

Pese a lo expuesto en el punto 6.4, considero que existe la excepción a tal exclusión, como lo es el caso, cuando al testigo –en forma simultánea- se le interroga sobre hechos propios que lo pudieran incriminar porque en tal supuesto el declarante adquiere la condición de indiciado y esto permite al abogado aconsejar a su asistido de que se abstenga de responder amparado en las garantías constitucionales establecidas en las fracciones II y IX, de la Constitución General de la República, atendiendo primordialmente a que en esa situación, prevalece el principio de comunicación entre inculpado y defensor.

En otras palabras, en este caso, la prohibición que establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, en el sentido de que el abogado no puede inducir o producir la respuesta de sus asistido, no opera porque ya no está siendo interrogado como testigo sino como acusado, en cuyo caso, el abogado que lo asiste puede adoptar la postura de defensor derivada de la garantía del indiciado, prevista en la fracción IX, del apartado A, del artículo 20 Constitucional; esto con relación a lo dispuesto por el último párrafo, de la fracción X, del mismo Ordenamiento Superior citado.

Con motivo de lo anterior, en mi opinión, igualmente está en aptitud legal de recomendar al declarante que invoque el derecho que le concede la fracción II, del mencionado precepto de la Carta Magna, y se abstenga de responder la pregunta con matiz incriminatorio; lo que no podría considerarse inobservancia a la prohibición en comentario ni conducta ilícita alguna, precisamente por estar en ejercicio de un derecho que constituye una garantía individual para todo gobernado que se encuentra en la situación procesal de inculpado, misma que no está sujeta a condición alguna, según el texto *In fine* del último párrafo, de la fracción X, del artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal; aspecto que veremos más adelante al tratar el punto referente a “La asistencia legal al testigo y su relación con las garantías individuales de defensa y de no auto-incriminación” Vid. *Infra* p. 281.