

XIV.- ALCANCES DE LA ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

1.- Justificación de la asistencia legal al testigo en la averiguación previa.

Para tratar este tema es necesario remontarnos al pasado y recordar -como lo dijimos en el capítulo I- los antecedentes históricos en el derecho comparado, como el procedimiento penal romano, en el que el testigo era objeto de la tortura para obtener un testimonio verídico.

La Ley de Las Partidas también reporta la tortura en los testigos cuando se sospechaba su falta de veracidad.

En el derecho procesal español las declaraciones de los testigos eran en secreto, pues se recababa únicamente ante la presencia del juez y de un escribano.

En los interesantes estudios de Don Eugenio De Tapia ob. cit., encontramos que en el derecho procesal español de 1830, se interrogaba al testigo para advertir su falsedad; o bien, para descubrir su participación en el delito, y que cuando esto último ocurría era interrogado como reo y puesto en prisión o en arraigo.

Aquí en México, en los antecedentes del artículo 20 de la constitución General de la República de 1917, que vimos en el capítulo II, advertimos que era práctica común en aquellos años en nuestro País, el tormento físico para obtener la declaración o la confesión del inculpado o de los testigos, así como el secreto del proceso, lo que sirvió de motivo para la reforma constitucional de aquella época.

Así las cosas, con el tiempo se fueron introduciendo en las legislaciones procesales diversas garantías o derechos a favor de los testigos, como es el caso del

Código de Procedimientos Penales de 1880, que en su artículo 212, prohibía la asistencia al testigo, incluso podría decirse que establecía la legalidad de la declaración en secreto, puesto que dicho numeral sólo autorizaba la presencia del juez y del escribano; pero en el texto de tal precepto se contemplaba una excepción a la regla; es decir, la permisión de que el testigo fuera asistido cuando fuera ciego, ignorara el idioma castellano (español) o fuera sordo, mudo ó sordomudo; lo que en mi opinión es el antecedente más claro de asistencia en su deposición.

En la actualidad algunas de esas prerrogativas del pasado perviven en nuestros Códigos de Procedimientos Penales; y en específico, en la ley que ha sido motivo de estudio en esta investigación, el Código Federal de Procedimientos Penales, cuyos derechos del testigo en la averiguación previa fueron analizados en el capítulo X, de esta investigación, entre ellos, desde luego, el derecho a que un abogado lo asista en su declaración, conforme al contenido el artículo 127 bis del CFPP.

Igualmente en este apartado, no podemos dejar de considerar que la situación procesal del testigo le puede acarrear consecuencias legales, que en algunos casos se traducen en la posibilidad de ser privado de su libertad al estar expuesto a que del resultado de su declaración o de su abstención a comparecer ante la autoridad investigadora, pudiera desprenderse la posible comisión de delitos, como el de falsedad y desobediencia y resistencia de particulares, respectivamente; tal y como lo vimos en el capítulo XII.

Otro de los aspectos importantes que no puedo pasar por alto, es el que se presenta en la práctica con cierta frecuencia en la integración de la averiguación previa, cuando el testigo al estar rindiendo su declaración se le interroga sobre hechos propios para descubrir su probable participación en el delito, lo que en ocasiones ha provocado que se obtengan aparentes confesiones a las que ilegalmente se les otorga valor probatorio, con la consecuencia de que se considere

al declarante ya no como testigo sino como probable autor del ilícito que se investiga, como lo analizamos en el capítulo XIII.

Así las cosas, en mi opinión, todo lo anterior, justifica la asistencia legal al testigo durante su declaración, que se establece en el artículo 127 bis del CFPP, dado que la presencia del abogado es también una garantía procesal para el compareciente de que su deposición será libre de cualquier coacción (física o moral) con pleno respeto a sus derechos y formalidades del procedimiento.

También considero que la función del abogado no debe sólo constreñirse a la impugnación de preguntas inconducentes o contra derecho que cita el precepto legal en estudio, pues estimo que la asistencia al testigo va más allá, vigilar y hacer que se respeten todos y cada uno de los derechos que establece el Código Federal de Procedimientos Penales, a favor de éstos, y que fueron precisados en el capítulo X, de esta investigación.

Es importante, por ejemplo, que el testigo sepa antes de declarar, que tiene derecho a leer detenidamente lo que asentó el Agente del Ministerio Público al finalizar su declaración, para que en un momento dado aclarare o corrija algún pasaje de los hechos relatados por él o que no fue ese el sentido en que lo quiso decir.

A que se le respete el derecho que tiene de abstenerse de declarar cuando se encuentre ligado con el inculpado en los casos señalados por el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales, y que se le permita en su caso, probarlo adecuadamente; o bien, abstenerse a responder cuando la pregunta tenga la intención de incriminarlo; tema este último que ha sido ampliamente estudiado en el capítulo XIII, de este trabajo.

Conforme a lo anterior y el sustento que me da el análisis hecho en los capítulos que preceden, en mi criterio, la asistencia de un abogado al testigo se justifica plenamente; y por ello, considero que la creación del artículo 127 bis del CFPP, fue un acierto de los miembros del H. Congreso de la Unión, quienes modificaron la iniciativa presidencial de reforma firmada por el entonces Presidente de la República, Licenciado Carlos Salinas de Gortari, pues en ésta, la redacción del precepto en comentario estaba dirigida exclusivamente a los indiciados al utilizarse en ella la palabra “defensor”; sin embargo, el legislador la sustituyó por el término “abogado” en su sentido lato, porque consideró que tal disposición (artículo 127 bis del CFPP) se refiere no sólo al inculpado, sino a cualquier persona que pudiera ser citada por tener alguna relación o conocimiento sobre los hechos materia de la indagatoria, lo que le permitió erigirse como una garantía procesal de todo sujeto que tuviera que rendir declaración en la fase de averiguación previa, adelantándose a su tiempo puesto que en aquella época no existía el último párrafo, (ahora penúltimo) de la fracción X, del artículo 20 de la Constitución General de la República, que posteriormente introdujo la prerrogativa del acusado a tener una defensa desde la indagatoria.

Para corroborar lo dicho anteriormente, vale la pena volver a citar a Sergio García Ramírez²²³, en su obra *“Proceso Penal y Derechos Humanos”*, en la que señala lo siguiente:

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

²²³ Sergio García Ramírez. Op. cit. 87

Bajo esta perspectiva no cabe duda que la intención del legislador fue en todo momento establecer el derecho de toda persona que tuviera que rendir declaración ante la autoridad investigadora a ser asistido por un abogado; y como ya lo hemos visto, incluye al testigo.

Por todo ello, soy de la idea de pugnar por una efectiva asistencia legal al testigo; y en mi concepto, para ello se requiere de una reforma por adición en la que se clarifique sobre todo la función del abogado, en el sentido de que éste deberá vigilar y hacer que se respeten los derechos que tiene el testigo durante su declaración; tema que analizaré en capítulo subsecuente sobre una propuesta de enmienda al artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, no puedo dejar de considerar que la función del abogado que asista al testigo es de un alto grado de responsabilidad y de ética profesional, pues necesariamente se enfrentará al paradigma que constituye la corriente de pensamiento consistente en que las primeras declaraciones de los testigos tienen valor preponderante por su cercanía con el momento en que se cometió el delito; y ello hace que se presuma legalmente que están revestidas de espontaneidad; y por ende, de veracidad, como lo cita la tesis que a continuación transcribo:

“TESTIGOS. VALOR PREPONDERANTE DE SUS PRIMERAS DECLARACIONES. En el procedimiento penal debe darse preferencia a las primeras declaraciones que los testigos producen recién verificados los hechos y no a las modificaciones o rectificaciones posteriores, tanto porque lógico es suponer espontaneidad y mayor veracidad en aquéllas y preparación o aleccionamiento hacia determinada finalidad en las segundas, como porque éstas solo pueden surtir efecto cuando están debidamente fundadas y comprobadas.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 184/95. Fernando Moro Tamariz. 21 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.”²⁴

²²⁴ Semanario Judicial de la Federación. Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Tomo II, Agosto de 1995, Tesis: VI 2o.19 P, p. 657, IUS 2002, Disco Compacto número 1, registro número 204,692.

Así las cosas, atendiendo al contenido del precedente mencionado podría estimarse que la presencia de un abogado en la declaración de un testigo durante su declaración en la averiguación previa le quita esas características de espontaneidad y veracidad, porque no faltara quien diga, que es un signo de preparación y aleccionamiento; sin embargo, en mi criterio, estimo que esta forma de pensar no puede seguir prevaleciendo y debemos pugnar para que se elimine el estigma que pesa sobre los profesionales del derecho, en el sentido de que aconseja con la intención de distorsionar la realidad de los hechos de acuerdo a los intereses que defiende.

Al respecto, es importante mencionar las ideas del autor Carlos Franco Sodi²²⁵:

“Por otra parte, la razón de ser de las disposiciones que dan valor probatorio pleno a las actuaciones del Ministerio Público se funda en la experiencia. Es fácil obtener la verdad de los testigos, ofendidos e inculpados, en el primer instante que comparecen ante la autoridad, luego ya interviene el consejo de los abogados, que desfigura la realidad de los hechos, de acuerdo con el interés que se defiende.”

El autor Guillermo Borja Osorno también cita el pensamiento del doctrinario Franco Sodi²²⁶, y sobre el tema refiere:

“El Lic. Francisco Sodi nos dice que los actas del Ministerio Público y de la Policía Judicial hace prueba plena, porque la experiencia enseña que es más fácil obtener la verdad real de los hechos cuando se practican las diligencias dentro de un término corto a la comisión del delito. Que si transcurre el tiempo, intervienen consejos de personas interesadas para que los órganos de prueba alteren la verdad y así se nota la frecuencia con que los órganos de prueba se retractan ante la autoridad judicial de las declaraciones rendidas ante el Ministerio Público y la Policía Judicial, por consejos del acusado o de su defensor. A veces, se les llega a ofrecer una retribución económica y que por otro lado, si el Ministerio Público es una institución de

²²⁵ Carlos Franco Sodi. Op. cit. 131-132 ps.

²²⁶ Guillermo Borja Osorno. Op. cit. 122 p.

buena fe, interesada tanto en que se aplique una sanción al culpable, como que se reconozca su inocencia, no hay razón para negar que las diligencias de la Policía Judicial tengan pleno valor probatorio.”

En esa tesitura, con toda esa corriente en contra; además de que la integración de la averiguación previa es de orden público, en mi opinión, el abogado que asista al testigo en su declaración debe mantener presente el valor de la ética y aconsejarlo únicamente sobre los derechos y garantías procesales que le otorga la Ley; es decir, no debe influir en cuanto al conocimiento e impresión que tiene éste sobre los hechos delictuosos.

Por el contrario, considero correcto que el abogado debe recomendar al testigo que acuda ante la autoridad investigadora a rendir su declaración para evitar precisamente la consecuencia legal de que sea objeto de la aplicación de los medios de apremio; y en su caso, se le considere responsable del ilícito de desobediencia y resistencia de particulares; así como aconsejarlo que diga las cosas tal y como sucedieron sin omitir dato alguno, porque recuérdese que podría incurrir en el delito de falsedad.

En el caso de los testigos, no es factible proceder como sucede –por ejemplo– con el indiciado, quien no está obligado a declarar; y además, en aras de defenderse puede incluso mentir y su conducta no es antijurídica; es decir, no puede ser sujeto activo del delito de falsedad. Por su parte, el testigo sí está obligado a declarar y no sólo a eso sino también a decir la verdad y a rendir protesta sobre ello, de acuerdo con lo que establecen los artículos 242 y 247 del CFPP.

En razón de lo anterior sería muy grave para el testigo que su abogado le recomendara no acudir al llamado de la autoridad; o en su caso, alterar la verdad de los hechos, porque ello le acarrearía las consecuencias antes apuntadas con el riesgo inminente de que se vea afectada su libertad personal.

2.- La asistencia legal al testigo y su relación con los derechos humanos.

En el capítulo V, de nuestra investigación, hicimos un análisis previo de tan importante tema y las consideraciones que ahí establecimos nos dan el sustento para patentizar la relación que existe entre el derecho del testigo a la asistencia legal en la averiguación previa y los derechos humanos.

Para una mejor comprensión del tópico, en mi opinión, es importante hacer un comparativo entre la situación procesal del indiciado y la del testigo en la fase de la indagatoria.

Antes del año de 1991, la situación del inculpado era sumamente complicada porque no podía ejercer en la fase de averiguación previa las garantías individuales que en ese tiempo establecía el artículo 20 de la Constitución General de la República, basado primordialmente en la corriente que considerada a la indagatoria con el carácter de inquisitiva.

Un dato sobre la observación anterior, es el pensamiento del autor Rafael Pérez Palma²²⁷, que dice:

“...En consecuencia, pese a los graves defectos de que se hallaba rodeada la averiguación previa, en tanto las ciencias de la criminología no descubran algún otro procedimiento que supere al actual, habrán de seguir los métodos tradicionales. Las investigaciones de la policía tienen forzosamente que ser secretas, ya que la publicidad que se haga de sus descubrimientos se convertiría en arma para los delincuentes que, sabiendo de los movimientos de la policía, podrían más fácilmente eludir su acción: no puede dar lugar a un procedimiento contradictorio, porque el debate no haría sino entorpecer las investigaciones y porque implicaría revelación de datos que pudieran ser aprovechados por los delincuentes; ***tampoco puede conceder***

²²⁷ Rafael Pérez Palma Op. cit. 325-326 ps.

derecho a la defensa, porque las investigaciones no son propiamente acusatorias, sino inquisidoras de una verdad histórica.

En esta época (1991) aparece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, que fue aprobado mediante decreto del Congreso de la Unión de fecha 20 de diciembre de 1990 y promulgado por el Ejecutivo Federal mediante publicación hecha en el Diario Oficial de la Federación de fecha 8 de enero de 1991, y se erige como una garantía procesal extraordinaria -porque no la contemplaba la Constitución-, de que toda aquella persona que tuviera que rendir declaración ante las autoridades investigadoras tendría derecho a hacerlo asistido de un abogado; lo que desde luego, significó la posibilidad de que el acusado pudiera contar con la presencia de un abogado desde los primeros instantes de la investigación; y por su parte, el testigo también estaba en aptitud de hacerlo.

Sobre dicho punto escribe el doctrinario Juventino V. Castro²²⁸, al hacer un estudio sobre la reforma al artículo 20 de la Constitución General de la República de 1993, en donde refiere que antes de ésta, ya existían garantías extras que establecían el derecho del indiciado a la asistencia de un defensor desde la fase de la averiguación previa, en lo que obviamente se refiere el artículo 127 bis del CFPP, y lo refiere de la siguiente manera:

“...También se reconoce constitucionalmente ahora lo que las leyes ordinarias ya habían otorgado como garantías extras: la asistencia de un defensor en la confesión del inculpado ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez –que de antemano descalificamos, por ser una incongruencia de la reforma al permitir, aparentemente, como legal una confesión ante autoridades distintas de las enumeradas- pero específicamente en la averiguación previa, vía el penúltimo nuevo párrafo del artículo 20. Antes de ello se entendía que la asistencia del defensor lo era solamente ante el juez...”

Incluso vale la pena insistir, que en principio, la iniciativa presidencial de reforma motivó la creación del citado numeral (127 bis del CFPP), lo contempló como un derecho para el inculpado, pues en ésta se utilizaba el término “defensor”, pero en la discusión de los miembros del Congreso, se sustituyó ese vocablo por el de “abogado” en su acepción lato sensu, lo que le dio mayor amplitud a su aplicación, ya que con esa perspectiva quedaba bajo la protección de la referida norma no sólo el indiciado sino toda aquella persona que por alguna razón tuviera que rendir declaración respecto a los hechos motivo de la investigación, como lo señala el Doctor Sergio García Ramírez en su obra *“Proceso Penal y Derechos Humanos” Ob. cit.*, y que mencionamos en el punto que antecede.

Ahora bien, lo que no podemos dejar de mencionar es, que en la motivación de la iniciativa de reforma se menciona el concepto de derechos humanos, al establecer lo siguiente:

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

Esto me da la pauta para sostener que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, se creó con la intención de proteger los derechos humanos, por eso afirmo que el derecho de toda persona a nombrar un abogado para que lo asista durante su declaración tiene su origen en éstos.

²²⁸ Juventino V. Castro. *Garantías y Amparo* 10ª ed Ed. Porrúa, México, 1998. 258-259 ps.

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

Con motivo de lo anterior, también se reformaron diversas leyes en todo el País, y como ejemplo de ello, podemos citar los datos que nos proporciona el autor Carlos Barragán Salvatierra²²⁹, en los siguientes términos:

“En las reformas del 10 de enero de 1994, se establece como una obligación el que el indiciado cuando rinda una declaración ante el Ministerio Público, pueda defenderse por sí mismo, por defensor particular, de oficio o persona de su confianza, tanto en el Código Federal de Procedimientos Penales como en el Distrito Federal.”

Así que, en mi opinión, con este importante avance de llevar el derecho constitucional al ámbito de la averiguación previa, los derechos del inculpado quedaron garantizados al amparo de la Carta Magna; por lo que, desde el punto de vista práctico, el artículo 127 bis en comentario dejó de tener aplicación para éste (indiciado), pues sería inútil sostener un conflicto de la norma secundaria con la constitucional, pues evidentemente esta última prevalece sobre la primera; y su disposición reglamentaria la vino a constituir en todo caso, el diverso 128 del CFPP.

En este orden de ideas, podemos afirmar que tomando en cuenta que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, desde su creación era

²²⁹ Carlos Barragan Salvatierra. Op cit. 240 p.

aplicable para toda persona que tuviera que rendir declaración en la indagatoria, en la actualidad constituye una garantía procesal para la testigo y ésta tiene su origen y fundamento en los derechos humanos y es inherente a toda persona por el sólo hecho de serlo, y como ejemplo de ello, podemos citar las apreciaciones hechas en el capítulo I, inciso 4, que se refieren a los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. Vid Supra p. 9.

Así las cosas, en mi concepto, este tipo de eventos internacionales avalados por la Organización de las Naciones Unidas -de la que desde luego, nuestro País forma parte- en los que ya se manejaba el derecho a la asistencia jurídica de toda persona como un derecho fundamental del hombre, y no sólo del acusado, tuvieron influencia en la creación de la norma en estudio, pues necesariamente lo debo considerar así, tomando en cuenta que fueron concomitantes a ésta.

Si bien la presencia de un abogado durante la declaración del testigo no puede desvincularse de la naturaleza del derecho de defensa, desde el punto de vista jurídico, no podemos afirmar que tenga su fundamento en la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, porque el contenido del artículo 127 bis del CFPP, no comulga con la disposición constitucional al establecer restricciones a ese derecho, como lo es de comunicación entre abogado y asistido.

Por eso soy de la opinión de que en cuanto al testigo, quedó únicamente como una garantía procesal que permaneció así por un lapso hasta que fue reformado el artículo 1º de la Constitución General de la República, mediante decreto del 14 de abril de 2001, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto del

mismo año²³⁰, con un alto contenido del concepto de derechos humanos, pues en el mismo se establece lo siguiente:

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

(...)

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

Esta reforma a la norma constitucional en comentario, vino a dar sustento jurídico a los gobernados para llevar ante los Tribunales cualquier violación a los derechos humanos, y desde luego, en busca de resoluciones que efectivamente sancionen esa conducta de las autoridades.

Incluso en el proyecto de reforma a la Ley de Amparo, se establece en su artículo 1°, que el juicio de amparo procede contra violaciones a los derechos humanos, y lo contempla de la siguiente manera:

“Artículo 1. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales o actos de autoridad que violen las garantías que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los derechos humanos que protegen los tratados internacionales generales en la materia, a saber: la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”²³¹

²³⁰ Diario Oficial de la Federación. Poder Ejecutivo Federal. 14 de agosto de 2001.

²³¹ Comisión de Análisis de Propuestas para una Nueva Ley de Amparo. *Proyecto de Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* fechado el 29 de agosto de 2000, 67 p.

Ahora bien, es cierto que lo anterior no deja de ser una propuesta de ley que dependerá del órgano legislativo su aprobación o no; sin embargo, este tema se encuentra actualmente en el Foro Nacional y conviene citarlo en el presente trabajo porque nos da una idea de la trascendencia jurídica que ha alcanzado el tema de los derechos humanos. Además de que, no puedo dejar de mencionar de que ya es una realidad como derecho sustantivo en nuestra Carta Magna al incluirse en su artículo 1º, mediante la reforma de 14 de abril de 2001, ya citada.

Al respecto conviene citar los conceptos del autor Santiago Corcuera Cabezut²³², quien hace una importante reflexión sobre la violación de derechos humanos y los mecanismos jurídicos de impugnación.

“...Sabemos que los derechos humanos son las facultades que toda persona tiene en razón de sus atributos esenciales, es decir, de aquellos atributos que la hacen ser lo que es, una persona humana y no otra cosa. A partir de este concepto se entiende por eficacia de los derechos humanos el goce y ejercicio de estos derechos por sus titulares, y por violación a los mismos, en un sentido amplio, la obstrucción, restricción o eliminación de la posibilidad de gozar y ejercer esos derechos, provocada por cualquiera. Sin embargo, en sentido estricto, y debemos decir, en rigor jurídico, la violación de los derechos solamente la comete la autoridad pública y no los particulares. Sin un particular atenta contra la integridad corporal de otro particular, habrá cometido el delito de lesión, pero si un funcionario público hace lo mismo, habrá cometido el delito de tortura. Lo primero es un delito común, lo segundo es una violación a los derechos humanos.

Nuestra Constitución es clara al establecer que el juicio de amparo, que es la garantía jurídica por excelencia en contra de violaciones de derechos humanos, procede contra actos de autoridad y a instancia de la parte agraviada. Lo mismo indica el art. 102-B, al señalar que los organismos de protección de los derechos humanos amparados en el orden jurídico conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público...”

²³² Santiago Corcuera Cabezut. *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Servicios Editoriales Graficos, S.A. de C.V., México, 2001. 27 p.

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

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

3.- La asistencia legal al testigo y su relación con las garantías individuales de no auto-incriminación y de defensa.

3.1.- ¿Es posible que el testigo a la vez pueda ser considerado indiciado en la averiguación previa?

Para dar respuesta a esta importante interrogante –incluso una de las hipótesis fundamentales de nuestro trabajo- es necesario remontarnos al pasado en donde localizamos antecedentes de la situación procesal del testigo, en los que se le llegó a considerar como acusado al estar rindiendo su declaración, como lo refiere Don Eugenio de Tapia, en su obra “FEBRERO NOVÍSIMO Ó LIBRERÍA DE

JUECES, ABOGADOS Y ESCRIBANOS, que reporta datos del derecho procesal español del año 1830, sobre el capítulo de *“Averiguación del delincuente”*, y que ya vimos en el capítulo I, de esta investigación, pero que conviene volver a citarlos por la importancia que tienen para dilucidar este tópico.

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

“20. Estas indagaciones minuciosas sirven á veces, no solo para descubrir al reo principal, **sino también para que el mismo testigo se descubra, ya cohonestando ciertos hechos de mala especie, ya disculpándose intempestivamente, tergiversando cosas aplaudiendo la conducta de los reos, ó cometiendo oficiosidades y contradicciones que le hacen parte interesada ó cómplice en el asunto.**”

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

En tal virtud, estos precedentes me permiten descubrir que la interrogante formulada no es nueva; y por ende, su respuesta tampoco, puesto que como puede verse, ya en aquel tiempo se podía estimar que efectivamente el testigo podía ser considerado a la vez como acusado al estar declarando sobre los hechos sujetos a la investigación.

En la actualidad encuentro múltiples causas por las cuales el Ministerio Público pudiera sospechar de la participación del testigo en la comisión del delito; y así por ejemplo, podemos señalar al lugar de los hechos al que nos referimos en el

capítulo VII, de este trabajo Vid. Supra p.103, que representa una fuente importante de información sobre las circunstancias en las que se cometió el ilícito; así como de las personas que lo presenciaron o intervinieron directamente en su materialización.

Así las cosas, las huellas, instrumentos u objetos encontrados en la escena del crimen, pueden reportar datos sobre la presencia de una o varias personas en el lugar de los hechos, pero en ese momento el Ministerio Público o sus órganos auxiliares desconocen cuál es la situación procesal de determinada persona; es decir, si se trata de un testigo o de un presunto responsable; pero lo que si es seguro es, que fundadamente puede establecerse que tiene conocimiento de los acontecimientos; por lo que de acuerdo con el artículo 125 del CFPP, tiene la facultad de citarla para que declare en relación a los mismos.

Es obvio que en este supuesto la autoridad investigadora puede interrogar al declarante en ambos sentidos; es decir, como testigo y en un momento dado como indiciado, porque el sustento para esto último, se lo da la evidencia encontrada en el lugar de los hechos.

Ahora bien, no podemos soslayar la situación que comúnmente se presenta cuando el testigo relata hechos que suponen la participación de éste en la comisión del delito y que le permiten al Ministerio Público cambiar el sentido de su interrogatorio para formularle preguntas sobre actos propios; es decir, debido a lo oscilante que es en el procedimiento penal la calidad de tercero a la de parte, como nos lo refiere el autor Eugenio Florian²³³, en los siguientes términos:

“...Y en particular, parece impropio adoptar como criterio diferenciador de la calidad de parte, **ya que en el proceso penal la calidad de parte no es tan precisa como en el civil, e inclusive es oscilante y variable. Una misma persona puede cambiar su calidad de tercero o de parte durante el curso del proceso.** Además, las declaraciones de las partes (acusado, parte lesionada) no llevan anejo un valor formal prestablecido de prueba,

²³³ Eugenio Florian. Op. cit. 86.

como ocurre en el proceso civil. Por esto, en el sistema actual del proceso penal (en particular el nuestro) no existe, por lo menos formalmente, una diferencia indefectible entre la declaración de la parte y la deposición del testigo.”

Comparto la crítica que hace el autor respecto al criterio diferenciador entre parte y testigo, porque también en nuestro País, en materia del proceso penal una persona puede cambiar de ser testigo a acusado en razón de las circunstancias en que se haya cometido el delito, o bien, por el resultado de diversas pruebas que hagan presumir fundadamente su participación en la comisión del ilícito.

Todo lo anterior, me permite establecer con certeza que sí es posible que el testigo pueda ser considerado como indiciado de manera simultánea al rendir su declaración ante las autoridades investigadoras.

3.2. ¿El abogado que asiste al testigo está en posibilidad de asumir también la calidad de defensor?

Como lo hemos comentamos en el apartado que antecede, la asistencia legal al testigo no puede desvincularse del derecho de defensa relacionado comúnmente con la situación procesal de la persona que está sujeta a una acusación penal.

En razón de esta apreciación considero oportuno precisar que mi opinión se basa fundamentalmente en que el derecho a la asistencia legal es inherente a toda persona por el solo hecho de serlo, lo que lo constituye en parte de los derechos humanos; y siendo así, podemos afirmar que éste es el genero y el derecho de defensa una de sus especies, por concretarse exclusivamente al indiciado.

El doctrinario Raúl Washington Abalos²³⁴ habla de funciones de asistencia cuando alude a la actividad del defensor del acusado y lo refiere así: -

a).- Funciones de Asistencia. La principal es la de consejo, puesto que respecto de la defensa material del imputado le informa de los deberes y derechos que en este aspecto detenta. Lo dirige en la presentación de los hechos poniendo de relieve las circunstancias que más lo favorecen.

Por otra parte controla en la tramitación del proceso a las otras partes y al propio tribunal en la observancia regular de las normas que deben aplicarse en el caso concreto. Exige el cumplimiento del debido proceso legal.

En este orden de ideas, la relación que encuentro entre el derecho del testigo a la asistencia de un letrado durante su declaración y el derecho de defensa que establece la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República, radica precisamente cuando el testigo pasa a ser considerado como inculcado en el mismo acto de su deposición, pues bajo esta última condición es jurídicamente aceptable que el declarante queda amparado por la garantía individual en comentario; y bajo esa perspectiva, tiene derecho a defenderse por sí mismo, por abogado o persona de confianza, según lo establece el texto de la norma constitucional indicada.

Ahora bien, si previamente ya había designado un abogado para que lo asistiera en su declaración como testigo en términos de lo que dispone el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, en mi opinión, no existe obstáculo para que también se considere que la situación del profesional del derecho cambia a la de un defensor con todas las facultades que ello conlleva, y en especial, ya no tendrá la prohibición de comunicarse con su asistido porque al amparo de la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Carta Magna, el canal de comunicación entre uno y otro debe prevalecer sobretodo cuando de abstenerse de declarar se trata, de acuerdo con la fracción II, del mismo numeral citado; prerrogativa que no está sujeta a condición alguna.

²³⁴ Raúl Washington Abalos. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina,

En otras palabras, es importante diferenciar que cuando el declarante tiene la calidad de testigo, el letrado es un simple asistente técnico que con su presencia impide que el órgano investigador rebase sus facultades de interrogarlo al tener la facultad de impugnar aquellas preguntas que sean inconducentes o contra derecho; además garantiza la libre y espontánea declaración de su asistido y debe vigilar que se respeten todas y cada una de las garantías procesales que la ley establece a favor de este último.

Por su parte, cuando al compareciente se le atribuye la calidad de indiciado; entonces, el abogado se convierte en su defensor y deja de ser un simple asistente para adoptar la postura de dirección en defensa de los intereses legales del declarante.

El autor Fernando Arilla Bas²³⁵ al estudiar la naturaleza del cargo de defensor, hace importantes observaciones que se relacionan con el punto de que se trata.

“Se discute cual sea la naturaleza del cargo de defensor. Los tratadistas opinan, al respecto, que aquel tiene el carácter:

- a) de un auxiliar de la administración de justicia.
- b) de un mandatario.
- c) de un asistente técnico.
- d) de una institución sui generis.

La doctrina suele pronunciarse a favor del último de los caracteres mencionados. En efecto, el defensor no es un auxiliar de la administración de justicia, pues el deber de guardar el secreto profesional, que le impone la norma ínsita en el artículo 211 del Código Penal, le veda colaborar con los tribunales. Tampoco es un mandatario, porque el mandato es voluntario en tanto que la defensa es obligatoria, ni un simple asistente técnico, pues no es órgano de consulta del acusado sino de dirección.”

En esa tesitura, en mi opinión, sí es jurídicamente aceptable considerar que el abogado que asista al testigo está en posibilidad de asumir la calidad de defensor en

138 p.

²³⁵ Fernando Arilla Bas. Op cit. 43-44 ps.

términos de lo que dispone la fracción IX, del artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

De aquí parte la idea de que es factible que una persona al estar declarando o durante el procedimiento, de testigo pase a ser indiciado; por lo que en razón de ello, se justifica la asistencia del abogado conforme lo establece el artículo 127 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, y es por esto también que el alcance de ésta es para proteger sus derechos también como indiciado, pues al ser interrogado bajo esta circunstancia o citado en tal carácter, está en aptitud de ejercer su derecho a permanecer callado y abstenerse de responder el cuestionamiento de la autoridad, porque en ese momento opera la fracción II, del artículo 20, apartado A, de la constitucion General de la Republica.

3.3.- ¿Una pregunta incriminatoria tiene la calidad de ser inconducente o contra derecho?

La respuesta a esta interrogante la encontramos en el capítulo XIII, incisos 3.2., 4 y 5, de este estudio; y en razón de ello, considero que para el desarrollo de este apartado debemos remitirnos a dicho punto.

Sin embargo, desde otra perspectiva es importante establecer que la intención del Ministerio Público con la pregunta incriminatoria es en todo momento buscar que el declarante –en este caso el testigo- reconozca su participación en el delito y bajo esta circunstancia, pueden influir diversos factores en el persona que declara y en un momento dado confesar algun grado de intervención delictiva, como lo es:

- a).- Una equivocada apreciación de los hechos.
- b).- Una erronea compresion de la interrogante.
- c).- Una aparente prueba en su contra.
- d).- Una aparente conducta omisiva.

e).- Simplemente por la habilidad del Fiscal que lo lleva a dar la respuesta que implica tal reconocimiento.

Sobre este tema encontramos algunos conceptos del autor Gaspar Gaspar²³⁶, quien nos dice:

“f).- Posibilidad de inducir a confesar por error.

Tengase presente que difícilmente se acusa sin que haya indicio, una coincidencia fatal, una falsa apariencia de prueba. Pues bien, un instructor habil, convencido de que tiene en sus manos graves indicios, es a menudo un luchador que no deja ver su juego inmediatamente, y por ello el sindicado, cuando ya ha visto que la investigación penetra en lo íntimo de sus convicciones, perturbándolas profundamente, se siente de improviso asediado por la prueba que se ha configurado en su contra. Se encuentra perplejo, hasta el punto de que aumenta sus dudas y hace que se pregunte a sí mismo si verdaderamente el será culpable, si realmente habrá cometido el acto delictuoso cuando de repente ve aducida en su contra una prueba grave y se queda como deslumbrado por esta supuesta evidencia, a tal extremo que sufre un detenimiento de su dinamismo asociativo, el cual habrá facilitado la evocación de los recuerdos en los que encontraba su explicación de la falsa prueba.”

También son importantes las ideas del autor Jeremías Bentham²³⁷, que aluden al aspecto subjetivo del testigo, a su conciencia, cuando se siente involucrado en los hechos que se investigan, y lo narra de la siguiente manera:

“...Pero hay frecuentes ocasiones en que, antes de someterse a esa obligación y a las vejaciones que contiene, el testigo propuesto tomará partido de ocultarse e, inclusive, de abandonar el país. Las seguridades destinadas a prevenir tales eventualidades, que se hallan fuera de lo común, pueden ser designadas con el nombre de seguridades extraordinarias. Los casos en que sea necesario recurrir a ellas, son los siguientes:

1.- Complicidad. Si por no conocerse o sospecharse, el testigo propuesto no ha sido acusado, ello no será obstáculo para que se sienta partícipe en el delito y tema que se llegue a probar algo contra él y sus motivos de evasión no sean menos fuertes que si se le hubiese acusado directamente.”

²³⁶ Gaspar Gaspar. Op. cit 182-183 ps.

Es evidente que en un caso como el que narra el autor Jeremías Bentham, el testigo una vez que se encuentra ante la presencia de la autoridad investigadora, será más fácil que pueda incurrir en la admisión de responsabilidad penal mediante una pregunta incriminatoria; no obstante que su situación no sea tan grave como él lo piensa, pero aquí el aspecto subjetivo del testigo juega un papel importante dentro de la indagatoria, porque será inminente su cambio de situación procesal de testigo a inculpado aunque en realidad no haya cometido delito alguno.

Otro de los estudios que parece interesante incluir en este tema, es el que realiza el autor Otto Tschadek²³⁸, quien en su obra hace un análisis de los diversos factores subjetivos que influyen en los órganos de prueba, y en ese tenor el capítulo II, de su libro “La prueba”, lo denomina “*La autoacusación involuntaria*”, del que es importante destacar lo siguiente:

“...Fuera de la confesión falsa, sucede con frecuencia que un acusado, a causa de la torpeza de su comportamiento o de sus declaraciones contrarias a la verdad que nada tienen que ver con el delito propiamente dicho, se acuse a si mismo sin quererlo y pierda credibilidad. No pocas veces, un individuo que viendose objeto de sospechas infundadas, con sobrada razón niega haber delinquido, tiene interes en que la investigación no se dé con ciertos pormenores susceptibles de perjudicarlo, sea de inmediato o en el futuro. De ahí la tentacion de desviarse en tales casos de la verdad y formular declaraciones inexactas ante el tribunal...”

Si bien las observaciones del mencionado autor se refieren al acusado, la situación que relata —en mi opinion— no es ajena al testigo, pues también puede por torpeza de su conducta o de declaraciones contrarias a la verdad, autoincriminarse sin quererlo.

²³⁷ Jeremias Bentham *Tratado de las Pruebas Penales*. Trad. Manuel Ossorio Florit (del francés al español), V II Ediciones Jurid cas Europa-America, Buenos Aires, Argentina, 1971. 282 p.

²³⁸ Otto Tschadek *La Prueba* Trad. Ernesto Volkening (del alemán al español), Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1982. 19 p.

En esta tesitura, la respuesta de un testigo dada a una pregunta incriminatoria puede ser producto de diversos factores, como los que ya hemos señalado; pero también debo considerar la existencia real de que el declarante efectivamente haya participado en la comisión del delito, pues de ninguna manera pretendo tomar en cuenta solo uno de los aspectos en defensa de los derechos del testigo ni que mi ideas se presten a una posible confusión, en el sentido de que pudiera pensarse que busco trincar la función del Ministerio Público en la indagación del ilícito; y por ende, propiciar la impunidad; por el contrario, estimo que la actividad de la autoridad investigadora debe darse en el marco de la legalidad, y si por ejemplo, advierte que el testigo ha revelado algún grado de participación delictiva, en mi concepto, no debe seguir declarandolo bajo esa situación procesal (testigo), sino que en todo caso, debiera informarle que su condición ha cambiado a la de inculpado e informarle de todos y cada uno de los derechos que en su favor establece el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República.

A veces sucede en la práctica –porque he tendido conocimiento de ello- que el Agente del Ministerio Público continúa con la declaración del testigo, no obstante que ya advirtió que lo interrogará sobre hechos propios presuntamente delictivos, lo que implica una grave confusión respecto a la situación procesal del declarante porque recuérdese que bajo la calidad con la que fue citado (testigo), está obligado a declarar; por lo tanto, estimo que el Fiscal deberá volver a citarlo, pero ahora con carácter de indiciado; o bien, recabar en ese momento su deposición pero informándole que ya no es testigo que ahora está siendo considerado como inculpado y que tiene derecho a la defensa por sí, por abogado o persona de su confianza; así como de abstenerse de declarar, en términos de las fracciones II y IX, del apartado A, del artículo 20 Constitucional; entre otros.

3.4. ¿Está obligado el testigo a responder a una pregunta incriminatoria?

En mi criterio, cuando se le cuestiona sobre una pregunta incriminatoria no está el testigo obligado a responder, porque como lo dijimos anteriormente ese tipo de pregunta resulta ser inconducente y contra derecho Vid Supra p. 247-250.

Es importante discernir de que el testigo es la persona tercera extraña a la controversia que posee información sobre el hecho delictuoso; y que en razón de ello, relata acontecimientos ajenos desligados de su persona.

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

En efecto, en mi opinión, la obligación de responder del testigo sólo la tiene cuando las preguntas están encaminadas a motivarlo a que exprese lo que sabe acerca del delito; es decir, sobre hechos que están desvinculados de su persona; pero cuando el Ministerio Público a pesar de la objeción planteada por el abogado que asiste al testigo conforme al artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, en el sentido de que la pregunta es inconducente o contra derecho, persiste en que conteste, es obvio que con ella trata de interrogarlo sobre hechos propios para descubrir su probable participación en el delito, y en ese momento no está siendo tratado como testigo sino como inculpado; y por esta razón, no está obligado a contestar tal cuestionamiento pudiendo, en mi concepto, invocar la fracción II, del artículo 20 constitucional, ya sea directamente por el declarante o por consejo de su abogado, en cuyo caso no se le podrá obligar a que lo haga y el Representante Social deberá ser respetuoso en todo caso de ese derecho.

Además, tal garantía no está sujeta a condición alguna por lo tanto, el Ministerio Público no podrá argumentar que debe responder dada su calidad de testigo porque ya no la tiene al interrogarlo sobre hechos propios que le atribuyen al deponente el carácter de indiciado, ya que el texto es claro en ese sentido, no lo podrá obligar, según se establece en el último párrafo, de la fracción X, del artículo 20 de la Carta Magna.

Luego entonces, si la prerrogativa constitucional es de que no está sujeta a condición alguna, resulta claro que no obstante que en principio al declarante se le haya otorgado el carácter de testigo y durante su declaración su postura procesal cambio a la de indiciado, en mi opinión, ello no puede ser pretexto para argüir por parte del órgano investigador que sí está obligado a responder, porque ello implicaría condicionar la garantía individual en comentario; y en consecuencia, de manera ilícita se le pretendería obligar a hacerlo.

Para clarificar el sentido de la garantía individual contenida en la fracción II, del artículo 20 Constitucional, me permito citar las ideas del doctrinario Juventino V. Castro²³⁹, que refiere lo siguiente:

“...La fracción II, del artículo 20, también sufre en 1993, un cambio destacable. Antiguamente se disponía que nadie podía “ser compelido a declarar en su contra”. Ahora simplemente se dispone que “no podrá” ser obligado a declarar.”

Así las cosas, bajo lo anteriores conceptos podemos concluir que el testigo no está obligado a responder a una pregunta con carácter incriminatorio y el órgano investigador no podrá obligarlo a hacerlo, porque como ya lo dijimos, en el momento que lo cuestiona en esa forma le otorga el carácter de inculpado, y por esta razón, ipso iure queda protegido por las garantías individuales antes referidas.

²³⁹ Juventino V. Castro. Op cit. 258 p.

3.5.- ¿Es posible que el abogado aconseje al testigo que se abstenga de responder una pregunta incriminatoria?

Este tema fue tratado en el capítulo XIII, inciso 6, subinciso 6.5 Vid Supra p...; sin embargo, es importante puntualizar que, si en el momento en que el Ministerio Público interroga al testigo sobre hechos propios que lo pretendan incriminar adquiere la calidad de indiciado; y en consecuencia, queda amparado por la garantías individuales establecidas en el apartado A, del artículo 20 de la Constitución General de la República, es obvio que igualmente el abogado que lo asiste, en mi opinión, está en aptitud de asumir la postura de defensor de acuerdo con lo establecido en la fracción IX, del mencionado dispositivo constitucional; y en esas condiciones, también se abre el canal de comunicación que debe existir entre el inculcado y su defensa; por lo tanto, considero que sí puede legalmente aconsejar al declarante de que se abstenga de responder ese tipo de preguntas porque pudiera autoincriminarse.

Si bien es cierto, que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales motivo de estudio, establece que el abogado no podrá inducir ni producir las respuestas de su asistido, en mi concepto, ello sólo opera cuando es tratado como testigo, pero cuando el órgano investigador pretende ir más allá buscando descubrir su probable participación en el delito; entonces, su situación procesal cambia a la de indiciado, y bajo esas condiciones, la prohibición de comunicarse con el declarante deja de tener aplicabilidad porque el abogado también deja de tener la calidad de simple asistente para convertirse en su defensor, ya que en ese instante lo que prevalece es el artículo 20 constitucional; lo que significa que sí puede recomendar a su asistido que se abstenga de declarar sobre tal cuestionamiento, de acuerdo con la fracción II, del citado numeral de la Carta Magna.

3.6. La abstención del testigo a responder a una pregunta incriminatoria ¿genera la comisión de un delito?

La respuesta a la pregunta que motiva este apartado, la encontramos en el capítulo XII, de este trabajo, en su inciso 3, subinciso 3.2. Vid Supra p 224, cuando estudiamos el tipo penal contenido en el artículo 182 del Código Penal Federal, y de cuyo análisis concluimos que en la averiguación previa, el testigo no comete delito alguno en el caso de que se abstuviera de responder a una interrogante que lo pudiera incriminar, pues ese ilícito sólo puede tener lugar en la fase procesal del juicio.

3.7. ¿Existe obligación de la autoridad investigadora de designarle un defensor oficial al testigo para que lo asista en su declaración cuando éste no lo haga?

En la forma en que aparece redactado el artículo 127 bis del CFPP, resulta claro que a quien corresponde designar a un abogado para que lo asista en su declaración es al propio testigo; sin embargo, en mi opinión, la autoridad investigadora sí tiene la obligación de informarle que tiene derecho a ser asistido por un letrado y de ello debe quedar constancia en el acta.

Ahora bien, en mi criterio, no existe obstáculo procesal alguno, para que el testigo haga la designación en un defensor oficial si ese fuera su deseo.

El punto medular a tratar radica en saber si existe obligación o no, del órgano investigador para que éste haga la designación en caso que el testigo se niegue a hacerlo, como sucede en el caso del inculpado.

El numeral en estudio dispone lo siguiente: *“Toda persona que haya de rendir declaración, en los casos de los artículos 124 y 125, **tendrá derecho a hacerlo asistido por un abogado nombrado por él...**”*

Bajo una interpretación literal del primer párrafo, del artículo 127 bis en comentario, es evidente que no concede opción respecto a la designación del abogado, pues ésta corresponde únicamente al declarante, en este caso, al testigo; es decir, que si este último no desea nombrar a un letrado para que lo asista en su declaración, la diligencia legalmente puede llevarse a cabo sin su asistencia; por lo que en esa tesitura, no existe obligación alguna para el Ministerio Público y sus órganos auxiliares, de hacer la designación en rebeldía de la persona que declara porque no tiene sustento legal para ello.

A pesar de lo anterior, si la declaración comienza sin la presencia de un abogado debido a que el testigo no hizo uso de ese derecho, pero durante el desarrollo de ésta, la autoridad investigadora se viera en la necesidad de interrogar al declarante sobre hechos vinculados a su persona para descubrir su probable participación delictiva; es aquí cuando debe hacer un paréntesis en la diligencia y hacerle saber al compareciente que su condición de testigo a cambiado a la de indiciado; y en razón de ello, tiene el derecho de nombrar a un defensor, y en caso de que no lo haga, la Representación Social sí tiene obligación de nombrarle a uno, de acuerdo con lo establecido en la fracción IX, del apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna.

Así las cosas, el derecho del testigo a la asistencia de un abogado en su deposición depende exclusivamente de él; pero para que pueda hacer uso de esa prerrogativa es necesario que se le haga saber al comienzo de la diligencia, pues de otra manera, en mi concepto, esa actuación ministerial sería nula, como lo veremos en el capítulo subsecuente.

XV.- CONSECUENCIAS DE LA INOBSERVANCIA AL DERECHO DE ASISTENCIA LEGAL AL TESTIGO.

1.- En el caso de que el Ministerio Público de la Federación no informe al testigo del derecho que tiene a la asistencia de un abogado.

Hemos dicho que el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, es una garantía procesal del testigo que pone límite a la actuación del Ministerio Público con relación a la facultad que tiene de interrogarlo, puesto que el abogado que lo asiste está en aptitud de objetar aquellas preguntas que tengan el carácter de ser inconducentes o contra derecho, en cuyo caso, en nuestra opinión al ser impugnada no debe ser formulada al declarante.

Luego entonces, para que el interrogatorio que realice el órgano investigador cumpla con las formalidades legales también es necesario que antes de que comience a declarar el testigo, el Representante Social le informe que tiene derecho a nombrar un abogado que lo asista en la diligencia; o bien, darle lectura del contenido del artículo 127 bis del CFPP; situación que en nuestro concepto, debe quedar plasmada en el acta que al efecto se levante con motivo de la deposición del testigo.

Así las cosas, considero que si no informara el Ministerio Público al testigo del derecho que tiene a la asistencia de un abogado, ello implicaría estimar fundadamente que la declaración ha sido recabada dolosamente; y desde luego, de manera ilegal, pues no se le dio la oportunidad, en primer término, de hacer la designación de un letrado; y por ende, de impugnar aquellas preguntas que hayan tenido la calidad de ser inconducentes o contra derecho y que muy probablemente haya contestado; por ello estimo, que la autoridad investigadora invariablemente

debe informar al declarante sobre tal prerrogativa para que el interrogatorio que le formule pueda ser considerado ajustado a la ley.

Ahora bien, en mi criterio, la consecuencia que produce la omisión –dolosa o no- de informar al testigo sobre el derecho en comentario, perjudica el valor probatorio de la declaración rendida por éste, pues si no cumple con tal formalidad no debe tomarse en cuenta como prueba en la averiguación previa y por supuesto tampoco en el proceso, dado que en esas condiciones debe considerarse, que no se satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

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

I.- Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar del acto;

II.- Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad;

III.- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro;

IV.- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales; y

V.- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno. El apremio judicial no se reputará fuerza.

Del contenido de las fracciones del artículo citado tiene relevancia para el tema de que se trata, la número V, cuando refiere que el testigo no sea impulsado por engaño, error o soborno, pues en mi opinión, si la autoridad investigadora no le informara sobre el derecho que tiene a ser asistido por un abogado durante su declaración, es una forma de engañarlo para obtener su deposición y que responda toda clase de preguntas incluso aquellas que prohíbe el artículo 127 bis del Código de Procedimientos Penales, como lo son las inconducentes o contra derecho, ya que con esa manera de proceder se le hará creer que el desahogo de su testimonial es legal.

Este tipo de conducta de la autoridad ha sido estudiada por el autor Manuel Miranda Estrampes²⁴⁰ desde el punto de vista del derecho procesal penal español, en los siguientes términos:

“...BERNAL VALLS se pregunta ¿qué sucede si el testigo declara ignorando que podía abstenerse y sin que hubiera sido expresamente advertido de su derecho a no declarar?. Opinamos que en aquellos casos en los que el Juez requiere al testigo-pariente para que preste declaración sin advertirle de este derecho que le asiste su testimonio no será válido y no podrá ser utilizado como medio de prueba, debiendo reputarse como prueba ilícita

Esta opinión doctrinaria aunque habla del testigo-pariente cuando no se le informa que tiene derecho a no declarar en contra del acusado, en mi criterio también es susceptible de considerarse de acuerdo con nuestro derecho procesal penal, pues en México el testigo tiene ese derecho en el artículo 243 del Código Federal de Procedimientos Penales y es una norma que es adoptada en los Estados de la República; y además debo decir, que en la práctica sí se informa al declarante sobre tal privilegio antes de comenzar a declarar.

Pero regresando al punto en cuestión y tomando en cuenta las ideas del autor Manuel Miranda Estrampes, considero que si el Ministerio Público no pone en conocimiento del testigo el derecho que tiene a nombrar a un abogado para que lo asista, el testimonio que rinda no será válido dado que no cumple con una de las formalidades esenciales establecidas en la ley, debiéndose considerar como un medio de probatorio recabado de manera ilegal.

Ahora bien, en los precedentes del Poder Judicial de México, encontramos algunas tesis relacionadas con el tópico de que se trata, y son las siguientes:

²⁴⁰ Manuel Miranda Estrampes Op cit 41-42 ps.

“MINISTERIO PÚBLICO Y POLICÍA JUDICIAL, VALOR PROBATORIO DE LAS DILIGENCIAS PRACTICADAS POR EL. Las diligencias practicadas por el Ministerio Público y la policía judicial tienen valor probatorio, *siempre y cuando se ajusten a las reglas que respecto del valor de las pruebas establece la ley adjetiva, y sólo no pueden tomarse en cuenta las declaraciones hechas ante estos funcionarios, cuando se demuestra que fueron producidas por medio de la violencia física o moral, o por otros datos que hagan presumir que tales declaraciones están viciadas;* y en esas condiciones, aun cuando la declaración se rinda ante el órgano investigador, que posteriormente se convertirá en parte acusadora, ésta es válida, siempre que se rinda en forma tal que no pueda desestimarse por los vicios que pueda tener.

Amparo directo 5139/73. Fedor Ivan Popic Pastene. 1o. de abril de 1974. 5 votos. Ponente: Ezequiel Burguete Farrera.

NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: “Vease: Tesis de Jurisprudencia No. 219, Apéndice 1917-1965, Segunda Parte, Primera Sala, Pag. 444.”²⁴¹

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

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 281/90. Saúl Bravo Gutiérrez. 29 de enero de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Miguel Angel Morales Hernández. Secretario: Miguel Avalos Mendoza.”²⁴²

²⁴¹ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, Primera Sala, Tomo 64, Segunda Parte, p. 28, IUS 2002, Disco Compacto número 2, registro número 235,909.

²⁴² Semanario Judicial de la Federación. Octava Época, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, Tomo VIII-julio, p. 229, IUS 2002, Disco Compacto número 1, registro número 222,336.

En atención al texto de las tesis citadas, considero que la violencia física o moral a la que pueda ser sometido un testigo, es una forma objetiva indiscutible de restarle valor probatorio al dicho de éste; sin embargo, en mi opinión, tanto la autoridad investigadora como la judicial deben ser acuciosos en su estudio y verificar si efectivamente la testimonial fue recabada conforme a las formalidades establecidas en la ley, no sólo en relación con el derecho que tiene a la asistencia legal sino también a otros, como lo son: El que se le haya designado un interprete, un traductor, que se le haya permitido leer su declaración y hacer las aclaraciones pertinentes, el derecho a callar cuando esté relacionado con el inculpado, en fin todos aquellos que han sido estudiados en el capítulo X de esta investigación.

Todo lo anterior, me lleva a concluir sobre el tema tratado, que si al testigo no se le informa sobre el derecho que tiene a nombrar un abogado para que lo asista durante su declaración, es motivo suficiente para considerar que su dicho adolece de un vicio que necesariamente incide en el valor probatorio del mismo; y siendo así, en nuestra opinión, no puede ni debe ser tomado en cuenta como medio de prueba, pues por ejemplo, considero que no podría ser utilizado para destruir la presunción de inocencia que la ley establece a favor del inculpado, precisamente porque considero que para ello se requiere que tal probanza (testimonial de cargo) cumpla con las formalidades legales, como tampoco podría ser empleado en contra del testigo para fincarle alguna responsabilidad derivada de los deberes que le impone la ley; y en fin, pienso que para ningún efecto legal.

2.- En el caso de que el testigo reconozca su participación en el delito ¿Tiene la calidad de confesión?

El artículo 207 del Código de Procedimientos Penales, define a la confesión en la siguiente forma:

“...La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.”

El autor Carlos Barragán Salvatierra²⁴³ retoma la ideas de José Hernández Acero, quien sobre la confesión señala:

“La confesión, en términos de José Hernández Acero, es el reconocimiento que un imputable de haber realizado una conducta que resulta típica, es imputable sobre alguien no menor de 18 años. Para que la confesión se integre debidamente, de manera formal deberá hacerse ante el Ministerio Público o juez de la causa, asistido de su defensor o en presencia de persona de su confianza, debe haber sido instruido previamente y de forma inmediata sobre el procedimiento que se va a seguir y las consecuencias legales y jurídicas que tendrá esta confesión. A este concepto le agregaríamos que existan otras pruebas que hagan creíble esa confesión.”

Ahora bien, desde el punto de vista procesal la confesión tiene que reunir ciertos requisitos para que surta plenos efectos en contra de quien la vierte. Estas exigencias las encontramos en el artículo 20, apartado A, fracción II, de la Constitución General de la República, que dispone:

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

Así las cosas, de esta disposición constitucional podemos inferir, que la confesión sólo puede ser rendida por aquella persona que tenga la calidad de inculpado; es decir, sobre quien pesa la probable comisión de un delito, únicamente ante el Ministerio Público o el juez; pero además, para que tenga tal carácter

²⁴³ Carlos Barragán Salvatierra Op. cit 382 p.

(confesión) ésta deberá ser vertida ante dichas autoridades en presencia de su defensor; de lo contrario, carecerá de todo valor probatorio.

Sobre el particular, es importante mencionar lo que señala el doctrinario Jesús Zamora Pierce²⁴⁴ al respecto:

“...c) El texto reformado agrega una disposición de gran importancia: “La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio.” Esta es la parte más importante de la reforma de esta fracción. Se priva de valor probatorio a toda confesión, salvo a aquella rendida ante el Ministerio Público o el juez, y aun ésta sólo tendrá valor si el declarante estuvo asistido de su defensor. Se emplea, así, la garantía de defensa para hacer efectiva la garantía de no autoincriminarse. El defensor, asistiendo a la declaración como testigo de calidad, asegura que ésta no sea coaccionada, permite que el declarante se manifieste con libertad, o bien, incluso, que ejerza su derecho a guardar silencio.”

Como puede verse, la Constitución establece requisitos de orden procesal relacionados con el valor probatorio de la prueba de confesión, y uno de ellos, es que puede ser recibida por el Ministerio Público, autoridad que tiene a su cargo la integración de la averiguación previa, de acuerdo con el diverso 21 de la Carta Magna, y que en virtud de ello, es lo que interesa al tema en comentario, puesto que el mismo se centra en esta etapa del procedimiento.

Por su parte, el artículo 287 del Código de Procedimientos Penales, establece otros requisitos específicos que también deben acreditarse para que pudiera otorgársele valor a la confesional, y son los siguientes:

Art. 287. La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

I.-Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción, ni violencia física o moral;

²⁴⁴ Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto Mexicano de Derecho Procesal. *Temas de Derechos Procesal Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*. U.N.A.M., México, 1996. 272-273 ps.

II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso;

III -Que sea de hecho propio; y

IV.-Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil.

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio.

Las diligencias practicadas por agentes de la Policía Judicial Federal o local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrán tomar como confesión lo asentado en aquellas.

De lo anteriormente mencionado tiene relevancia para el tópico de que se trata, la fracción II, del artículo 287 del CFPP, pues como puede verse, de ésta se desprende que la confesión sólo la puede rendir aquella persona que tenga la calidad de inculpado.

Bajo las consideraciones antes apuntas, podemos afirmar que una persona a la que se le haya otorgado la calidad de testigo y en su declaración reconoce o se obtiene como resultado de un interrogatorio, el reconocimiento de alguna participación en del delito, en mi opinión, ello no podría considerarse como una confesión obtenida con las formalidades establecidas en la ley, precisamente porque el declarante hace su narración de los hechos en calidad de testigo y no como inculpado, y esto último es uno de los requisitos esenciales para que pudiera tener tal carácter (confesión).

También considero que no obstante que el testigo esté asistido por un abogado en su declaración, no podría darse a su declaración la calidad de confesión, en caso de que reconociera haber tenido algún grado de intervención en el hecho delictuoso, pues si bien en apariencia se pudiera pensar que dado que uno de los requisitos para que surta plenos efectos la confesional, es el relativo a que esté

presente un defensor, lo importante para dilucidar dicha cuestión, es atender a la situación procesal del declarante.

En efecto, en mi concepto, resultaría ilegal considerar como confesión aquella declaración hecha por el declarante en calidad de testigo, sin que haya constancia en el acta de la diligencia, de que se le informó que su condición de testigo cambió a la indiciado y que se le haya dado a conocer las garantías con las que cuenta en esta nueva situación procesal, como lo es el derecho a tener a un defensor y a abstenerse de seguir declarando; entre otros.

En otras palabras, si el Ministerio Público no informa al testigo sobre la modificación de su posición a la de inculcado; quiere decir entonces, que durante toda la diligencia fue declarado como testigo, en cuyo caso –en mi opinión– la aparente confesión que pudiera haber rendido ningún efecto puede producir en contra del testigo, precisamente porque no la realizó bajo la condición de indiciado.

Además de que, en mi criterio, si el testigo está obligado a declarar conforme al artículo 242 del Código de Procedimientos Penales, y no hubiera constancia de que su situación procesal modificó a la de inculcado, resulta por demás evidente que la aparente confesión que pudiera haber vertido fue obtenida de manera ilegal, puesto que si se le hubiera advertido de tal circunstancia, necesariamente se le concedería la oportunidad de ejercer su derecho a no declarar, y bajo esa perspectiva, el Ministerio Público no estaría en condiciones de obligarlo a hacerlo, al prohibirlo expresamente la fracción II, apartado A, de la Constitución.

Sobre el particular tiene relevancia lo que expone el autor Joan Picó I Junoy²⁴⁵, cuando se refiere al derecho a no declarar y a no confesarse culpable contemplados en la Constitución Española, en los siguientes términos:

²⁴⁵ Joan Pico I Junoy *Las Garantías Constitucionales del Proceso* José María Bosch Editor, Barcelona, España, 1997. 151-153 ps.

“...Los derechos a no declarar y a no confesarse culpable se encuentra constitucionalizados en los arts. 17.3 y 24.2 de nuestra Carta Magna así como recogido en los arts. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estos derechos se desarrollan legislativamente por la Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, dando una nueva redacción al art. 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

“...Por ello, el órgano judicial debe siempre ilustrar al imputado, o a quien pueda adquirir tal condición, desde el primer acto procesal, sus derechos constitucionales aquí analizados.”

“...De igual modo, la declaración contra sí mismo en la que medie engaño debe no ser tenida en cuenta e invalidarse por privarla del carácter de voluntaria que le es esencial.”

Como se ve, las ideas del mencionado autor son en el sentido de que debe mediar la información de la autoridad al declarante sobre su condición procesal de inculpado y los derechos que en su favor establece la Constitución Española; así como también es de la opinión, de que si declara contra sí mismo y se advierte que ello se obtuvo con engaño su deposición no debe tener ningún valor por privarla del carácter de voluntaria.

Desde luego lo anterior tiene relación con lo expuesto en el presente apartado, pues ya hemos dicho, resulta fundamental que si el testigo en el transcurso de su declaración reconoce algún grado de participación delictiva, en ese momento la autoridad investigadora debe enterarlo que su situación procesal ha cambiado a la inculpado y debe informarle los derechos que la Carta Magna establece en el artículo 20, apartado A, de la Constitución General de la República y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, pues si no lo hace, no le podría atribuir el carácter de confesión.

3.- Concepto de prueba ilícita y su relación con la inobservancia al derecho de asistencia legal al testigo.

De acuerdo con el artículo 21 de la Constitución General de la República, corresponde al Ministerio Público la persecución del delito y del delincuente, y esta

actividad es la que le da sustento a la averiguación previa, en la que recaba pruebas a fin de cumplir con la encomienda constitucional.

Ahora bien, también es importante decir, que en mi opinión, uno de los fines de buscar pruebas por parte del Representante Social, es precisamente desvirtuar la presunción de inocencia que el inculpado tiene a su favor hasta que se le dicta sentencia ejecutoria en el juicio.

Por tanto, considero que todos y cada uno de los medios de convicción que el Fiscal recabe en al indagatoria deben cumplir con todas las formalidades establecidas en la ley, pues de no ser así, en mi criterio, esas probanzas no pueden ser consideradas en perjuicio del indiciado; y en consecuencia, no son idóneas para destruir la presunción de inocencia de este último.

En efecto, estimo que no es jurídico que se le de valor a una prueba en perjuicio no sólo del acusado sino también de cualquier otro sujeto que intervenga en la relación procesal, como lo sería el testigo, cuando no fue recabada legalmente por la autoridad investigadora, lo que obviamente la convierte en una probanza ilegal que por ese solo hecho, en mi concepto, no se debe considerar para ningún efecto dada su ilicitud.

Sobre este tema escribe el autor Manuel Miranda Estrampes²⁴⁶, desde el punto de vista del derecho procesal español y que considero importante citar su estudio en este apartado.

“...La dignidad de la persona se constituye en pieza clave del concepto de prueba ilícita; todo medio de prueba que atente contra la misma deviene ilícito y, por consiguiente, inadmisibles.

Desde una perspectiva distinta, MONTON REDONDO considera que la prueba ilícita es aquella que se encuentra afectada por una conducta dolosa en cuanto a la forma de obtención, es decir, aquella que ha sido obtenida en

²⁴⁶ Manuel Miranda Estrampes. Op cit 17-19 ps.

forma fraudulenta a través de una conducta ilícita. Se pone el acento en la forma dolosa de obtención de la fuente de prueba, lo que determina su ilicitud y, consecuentemente, su ineficacia en virtud del principio “el dolo no aprovecha a la persona que lo comente.”

Otro grupo de autores, partiendo de un concepto de ilicitud único para el orden jurídico en general, que identifican con la idea de violación de la norma o contrario a Derecho, definen la prueba ilícita como aquella contraria a una norma de Derecho, esto es, obtenida o practicada con infracción de normas del ordenamiento jurídico. El origen de la ilicitud de la prueba reside, precisamente, en que la misma ha sido obtenida con violación de normas jurídicas, con independencia de la categoría o naturaleza de estas últimas: constitucionales o legales (procesales o no), o incluso de disposiciones o principios generales. Dentro de esta concepción amplia, DEVIS ECHANDÍA define las pruebas ilícitas como aquella “que están expresa o tácitamente prohibidas por la ley o atentan contra la moral y las buenas costumbres del respectivo medio social o contra la dignidad y libertad de la persona humana o violan derechos fundamentales que la Constitución y la ley amparan.”

Estas definiciones recogidas por Manuel Miranda Estrampes, en mi opinión, bien pueden ser aplicadas al tema de que se trata sobretodo cuando al testigo no se le informa que tiene derecho a nombrar a un abogado para que lo asista en su declaración; o bien, no se le permite ejercer tal privilegio. Otro caso sería aprovechar la calidad de testigo quien en esta situación procesal está obligado a declarar, y que con motivo de ello, se obtenga una declaración a la que posteriormente se le otorgue la calidad de confesión derivada de una autoincriminación.

Estoy de acuerdo con las definiciones dadas por Montón Redondo y Devis Echandía, pues aplicadas al tópico de que se trata, verbi gratia si el Ministerio Público sabe que el declarante tiene la calidad de testigo, en primer lugar, no debe interrogarlo como acusado, pues al hacerlo obra con dolo para conseguir un fin que es el reconocimiento en la participación de un delito; por lo tanto, esa forma de proceder es ilícita y la prueba así obtenida no se le debe conceder valor probatorio alguno, porque viola el artículo 127 bis del CFPP y el artículo 20 constitucional dado que en esas condiciones el declarante -en apariencia- no puede recurrir a la abstención de declarar y guardar silencio (pues ya quedó establecido que sí puede hacerlo); por lo tanto, considero que toda aquella pregunta del Representante Social

que vaya encaminada a descubrir la participación delictiva del testigo son las que se consideran contra la moral y el derecho porque tienden a pasar por alto derechos fundamentales del declarante y por ende, atenta contra la dignidad humana.

Pienso que si el Ministerio Público tiene la sospecha fundada de que el testigo tuvo alguna participación en el delito debe fundar y motivar una resolución en ese sentido y mandarlo citar en calidad de acusado para que éste pueda estar en aptitud de ejercer los derechos que le otorga la Constitución en el artículo 20.

Así las cosas, en mi opinión, si la declaración del testigo fue recabada sin que se le haya informado del derecho que tiene a la asistencia de un abogado en su declaración y como consecuencia de ello, se obtiene sin la presencia de éste; o en su caso, no se le permitió hacer la designación por no contar en ese momento con algún profesional del derecho independiente, lo que no debe ser pretexto, pues como lo dije anteriormente, no existe impedimento procesal alguno para que un defensor oficial realice tales funciones, tal testimonio carecerá de todo valor probatorio; y por ende, no debe ser considerado para ningún efecto legal.

En efecto, el desahogo de una testimonial sin que cumpla con las formalidades antes citadas o alguna otra de las que establece la ley, no puede ser utilizada para destruir la presunción de inocencia del indiciado como tampoco puede ser empleada en perjuicio del propio testigo, en el caso de que se le pretenda exigir responsabilidad derivada de su situación procesal; por ello, considero que ese tipo de probanzas revisten el carácter de ilícitas.