

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA



TESIS

**EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA ADECUADA EN EL
PROCESO PENAL ACUSATORIO**

PRESENTA

Mtro. Fernando Allende Sánchez

PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHOS HUMANOS

DIRECTOR DE TESIS:

Dr. José Zamora Grant

Tlaxcala, Tlax., junio de 2021

INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO	
EL DERECHO HUMANO A LA DEFENSA ADECUADA EN EL ESTADO MODERNO: UNA PERSPECTIVA DESDE EL PENSAMIENTO ILUSTRADO	
	1
1.1. El Estado democrático de derecho como esquema esencial para el debido proceso y derecho a la defensa	1
1.2. El Estado democrático de derecho y el pensamiento ilustrado	8
1.2.1. Rasgos del proceso criminal y el derecho a la defensa en la Ilustración	9
1.2.2. Garantismo penal y pensamiento ilustrado vigente en el derecho a la defensa	25
CAPÍTULO SEGUNDO	
DERECHO A LA DEFENSA Y A LA PRUEBA. CONCEPTOS, FUNDAMENTOS Y CONTENIDOS	
	31
2.1. El derecho a la defensa.....	31
2.1.1. Concepto y naturaleza jurídica del derecho a la defensa	32
2.1.2. Fundamento jurídico del derecho a la defensa.....	43
2.1.3. Contenido del derecho a la defensa	47
2.2. El derecho a la prueba	55
2.2.1. El fundamento del derecho a la prueba.....	58
2.2.2. Concepto y contenido del derecho a la prueba	65
CAPÍTULO TERCERO	
UNA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA. UN MODELO PARA POTENCIAR LOS DERECHOS A LA DEFENSA Y A LA PRUEBA	
	71
3.1. Hechos y enunciados fácticos: ¿qué se prueba en el proceso judicial?	71
3.1.1. <i>Thema probandum</i> y <i>thema prueba</i>	75
3.2. La reconstrucción de los hechos.....	75
3.2.1. Momentos importantes en la reconstrucción de los hechos.....	77
3.2.2. El rol de las partes y juez en la construcción de los hechos.....	77
3.3. La prueba.....	79
3.3.1. La polisemia en la prueba y sus principales sentidos.....	81

3.3.2. La prueba como como medio de prueba, actividad y resultado.....	83
3.3.3. La prueba, ¿mecanismo para la búsqueda de la verdad o para persuadir al juez?	85
3.3.3.1. Concepción persuasiva de la prueba	86
3.3.3.2. Concepción racional de la prueba	92
3.3.3.3. ¿Qué significa que un enunciado que refiere hechos está probad?	102
3.4. La verdad en el proceso penal	107
3.4.1. ¿Verdad material o verdad formal?	109
3.4.2. La verdad material como correspondencia.....	113
3.4.3. ¿La verdad absoluta en el proceso judicial?	114
3.4.4. Grados de conocimiento de la verdad	119
3.4.4.1. Probabilidad	121
3.4.4.2. Probabilidad lógica o inductiva.....	121
3.4.4.3. ¿Es necesario un estándar probatorio en un proceso judicial?	124

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA TÉCNICA, EFECTIVA Y ADECUADA

EN EL PROCESO PENAL	129
4.1. La dualidad del derecho a la defensa.....	131
4.1.1. La autodefensa o defensa material: concepto y fundamento	131
4.2. Requisitos de la autodefensa	133
4.3. Renuncia a la autodefensa	142
4.4. ¿Cuándo se afecta la autodefensa, y por tanto, el derecho a la defensa?.....	142
4.5. ¿En qué momento surge la intervención de un defensor en el proceso?	143
4.6. El derecho a ser informado de los cargos y acceso a la información de manera oportuna y completa.....	161
4.7. El principio de contradicción	164
CONCLUSIONES	169
FUENTES DE INFORMACIÓN	V

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objeto de estudio el derecho a la defensa adecuada en el proceso penal acusatorio mexicano. Esto nos lleva, necesariamente, a tener en consideración dentro de nuestro marco de análisis la reforma constitucional de 2008, pues con ella se busca instaurar un sistema procesal garantista cuyos objetivos, conforme el artículo 20 apartado A, fracción I de nuestra Carta Fundamental, son el esclarecimiento de los hechos, la protección al inocente, procurar que el culpable no quede impune, y que los daños causados por el delito sean reparados; los cuales deben lograrse en un marco de respeto, según lo dispone el artículo 2 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a los derechos humanos que se encuentran reconocidos tanto en nuestra Carta Magna como en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Si los objetivos, plateados por el Poder Reformador, que deben alcanzarse en el proceso penal acusatorio tiene que ser respetando los derechos fundamentales que nuestro marco jurídico nacional reconoce, y uno de los derechos fundamentales de toda persona que es sometida a un procedimiento penal es el defenderse de las acusaciones que se le formulan, entonces se justifica emprender el presente estudio a efecto de establecer si la actual regulación que se hace del derecho fundamental a la defensa adecuada resulta eficaz obedece a los parámetros que caracterizan a un proceso penal cuya peculiaridad sea el garantismo¹ y, a su vez, sea concordante con los estándares convencionales que se han fijado sobre este derecho en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos.

¹ En este sentido, Luigi Ferrajoli (2004: 104 y 106) señala que, en un modelo de derecho penal garantista, existe un vínculo entre derecho penal mínimo y racionalidad, pues la búsqueda de la verdad en el proceso se debe hacer en un marco de respeto de las garantías, es decir, el conocimiento de lo ocurrido como presupuesto de la sanción debe ser bajo los límites y restricciones que imponen las garantías (2004: 104 y 106).

Los dispositivos que regulan el derecho a la defensa en los tratados internacionales de los que México forma parte han sido interpretados por los Organismos que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a efecto de dotarlos de sentido y contenido en las diversas determinaciones que han emitido, las cuales, a su vez, han sido retomadas por parte de la Suprema Corte de Justicia la Nación y —mayormente— por el Poder Judicial para dar sentido y contenido a los numerales que reglamentan el derecho fundamental a la defensa adecuada tanto en nuestra Ley Fundamental como en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Estas actividades de nuestros tribunales nacionales conllevan una especie de reinterpretación al momento de aplicar los parámetros convencionales a un caso concreto, lo cual puede tener como efecto que diversos criterios jurisprudenciales emitidos por los organismos judiciales nacionales ya aludidos no sólo se aparten de los estándares interamericanos sino que también, en mayor o menor medida, se desapeguen de los principios que sustenta un modelo de justicia penal garantista.

Así, puntos de análisis y reflexión en el presente trabajo tienen que ver con el garantismo penal —sea en el ámbito sustantivo, proceso o ejecutivo— y los derechos fundamentales —*vervi gratia* derecho a la defensa—, pues un modelo de justicia penal garantista presupone el respeto de los principios y derechos que sustentan un Estado Democrático de Derecho, ya que además su respeto y vigencia sirven como parámetros para identificar el nivel o grado de garantismo. Entre esos derechos se encuentra el de la defensa que constituye condición necesaria —nunca suficiente— para que aquel modelo de justicia sea calificado como garantista.

Partimos de la idea de que los canones que soportan un Estado Democrático de Derecho en la actualidad, pueden ubicarse, por lo menos, en el pensamiento ilustrado. Muchos de los principios y derechos que actualmente se reconocen en un proceso penal acusatorio se califican de garantistas y racionales, por lo que en el presente trabajo comienza con un primer capítulo en el que se analizan los orígenes de esos principios y derechos, y particularmente del derecho humano a la defensa, cuya fragua se pueden encontrar en el también llamado Siglo de las luces.

En el capítulo segundo se ofrece un análisis sobre el concepto del derecho fundamental a la defensa y su naturaleza jurídica para, y a partir de éstos aspectos como principal hilo conductor, precisar aquellos elementos que se consideran necesarios para dotarlo de

contenido y ofrecer una configuración que resulte acorde a los parámetros de racionalidad y garantismo, ya que consideramos que de esta manera es factible sostener que la misma es adecuada.

Entre los elementos esenciales del derecho a la defensa se destaca, y por ello se analiza en el tercer capítulo, el derecho a la prueba, precisando los elementos que integran este derecho. Pero un aspecto importante en este análisis tiene que ver con la idea de potencializar o maximizar el derecho a la prueba y, para ello, se ofrece un análisis racional de prueba, pues consideramos que esta concepción racional de la prueba es, en gran medida, acorde a los postulados que suportan un sistema de justicia penal acusatorio garantista, además de que en buena medida resulta compatible con los criterios convencionales que se han generado sobre dicho derecho. Se ofrece un estudio relacionado con conceptos fundamentales del razonamiento probatorio, ya que sólo de esta manera es factible exponer justificaciones relacionadas con la aseveración de que el derecho a la prueba es compatible con la concepción racional de la prueba y, esta, con los postulados de un garantismo penal.

El análisis del tercer capítulo nos resulta importante, pues si la búsqueda de la verdad o esclarecimiento de los hechos debe desarrollarse en respeto de los derechos fundamentales — como por ejemplo el debido proceso o defensa adecuada—, es necesario considerar el papel que tienen los derechos a la defensa y a la prueba en el cumplimiento de ese objetivo, y por lo tanto también resulta relevante exponer aquellos mecanismos epistémicos que puede potencializar estos derechos.

Debemos apuntar que el garantismo tiene implicaciones justificadoras del modelo de justicia penal. En primer lugar, se tiene la justificación hacia el derecho a castigar, esto es, la pena. En segundo término, se encuentra la justificación sobre las opciones que existen para fijar los presupuestos de la pena, es decir, los hechos calificados como delictivos. Finalmente, se tiene la justificación de las formas y procedimientos de investigación de los delitos y la aplicación de las penas, esto es, la justificación del proceso penal.

A los efectos del presente trabajo, nos interesa destacar la justificación sobre las formas y procedimientos de investigación de los delitos y aplicación de las penas, es decir, el proceso judicial penal, pues en la ardua tarea de la búsqueda de la verdad sobre la existencia de los hechos, resulta fundamental tener en cuenta los diversos derechos y garantías.

Entre los derechos que deben ser considerados en el proceso judicial, se encuentra en par-

ricular el de la defensa adecuada. En este sentido, resulta sustantivo analizar cuál es su relevancia para la determinación judicial de los hechos y el juzgamiento de una persona, vista como un sujeto titular de derechos a lo largo del proceso.

La vigencia del derecho fundamental a la defensa adecuada parece tener origen —si contextualizamos la forma en que entendemos el Estado democrático de derecho—, en un cierto tipo de corriente filosófica. En este orden de ideas, hemos de decir que, a los efectos de identificar el origen y la necesaria vigencia de ese modelo en nuestro proceso penal acusatorio, no nos parece suficiente el simple análisis sobre el estado del arte de ese espectro: planteamos la necesidad de desentrañar sus orígenes filosóficos modernos para identificar, conocer y comprender no sólo su necesaria vigencia y respeto, sino su debida influencia en nuestro actual proceso penal. Por estos motivos en el cuarto capítulo se plantea un estudio sobre la forma y contenido que tiene en derecho a la defensa en nuestro orden jurídico nacional de los elementos del derecho a la defensa se encuentran configurados en el plano jurídico nacional, y estableciendo algunos parámetros sobre la forma y contenido que dichos elementos deberían contener acorde a la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y postulados de un garantismo.

En el presente trabajo de investigación se emplean diversos métodos y técnicas de investigación. Entre los métodos que se utilizan se encuentra el histórico hermenéutico, dialéctico, dogmático jurídico, crítico social, analítico, sintáctico y sistemático, lo que se complementa utilizando la técnica de recopilación documental.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO HUMANO A LA DEFENSA ADECUADA EN EL ESTADO MODERNO: UNA PERSPECTIVA DESDE EL PENSAMIENTO ILUSTRADO

1.1. El Estado democrático de derecho como esquema esencial para el debido proceso y derecho a la defensa

La historia moderna de los derechos humanos no puede ser entendida si, paralelamente a ella, no se analiza el sistema político que rige un Estado. Esto nos obliga a retomar como referencia, por lo menos, uno de los periodos que influyo de manera considerable en la confección de lo que conocemos como democracia. Nos referimos al periodo de las luces o también conocido como de la Ilustración, y la vinculación con este proceso histórico es necesaria porque la democracia, en tanto sistema de gobierno, relaciona el respeto a los derechos humanos como punto de colindancia y vigencia de la dignidad humana.

Para José Zamora Grant (2012: 9), es posible establecer una especie de acta de nacimiento de los derechos humanos en el devenir histórico de los modelos jurídicos que han regido a las sociedades. Y aunque pronto llegaremos al derecho a la defensa —temática vertebral del presente trabajo—, iniciaremos diciendo que el siglo XVIII con la Ilustración, mostró que los derechos como la libertad, la seguridad jurídica y la igualdad, han constituido factores decisivos y esenciales para comprender que en algún punto de la historia humana, lo importante ya no radicaba en las mayores o menores prerrogativas entre las personas, sino más bien, el punto decisivo consistió en que tuvieran derechos.

De esta manera, cobran relevancia todos los demás derechos que, a su vez, implican la libertad de manera más significativa, como un presupuesto a su ejercicio efectivo. Esto hizo surgir otra necesidad esencial para el Estado de derecho, esto es, la tarea de garantizar la realización efectiva de esos derechos. Se advierte una nueva forma de correlacionar a las estructuras del Estado y la sociedad, es decir, un modelo político identificado como democracia, cuyo punto característico es, desde luego, la positivización y garantía de los derechos humanos (Zamora, 2012: 9).

En una democracia, la función pública implica el ejercicio del poder, lo que presupone, por un lado, el respeto a los derechos humanos de las personas sometidas a la potestad del Estado, pues la positivización de los derechos humanos conlleva un límite a las acciones públicas del ente estatal, pero, por otro lado, acontece el reconocimiento de una igualdad y libertad hacia los gobernados para el ejercicio de sus derechos humanos. Es decir, debe estar latente la posibilidad de los gobernados para ejercer en forma libre e igualitaria sus derechos humanos, siendo esto de suma importancia y, a la vez, característico de un Estado de derecho de corte democrático.

En el caso de que los derechos se vean afectados o no sean respetados, se manifiestan las acciones que las personas pueden desarrollar para hacer valer o defender sus derechos. Esto requiere que en el Estado existan garantías para desarrollar acciones tendentes a la defensa de los derechos, lo que permite ir vislumbrando que el derecho a la defensa sólo puede entenderse y desarrollarse adecuadamente, en sociedades que han adoptado un modelo político democrático, y donde es posible que adquiera la cualidad —como veremos en estas páginas—, de *derecho de derechos*, mientras que el precepto que lo regula será, como indica José Pedro Pérez-Llorca, el “artículo estrella” para el justiciable (Gutiérrez-Alviz, 2012: 39).

Cuando surge el Estado moderno —cuyas bases se localizan en esenciales políticas democráticas—, uno de sus fines esenciales que justificaba su propia existencia, era la obtención de una paz pública y orden social, y para ello, resultaba indispensable que la propia sociedad —atenta a los cánones del pacto social—, concediera ciertos espacios individuales. Sin embargo, el ejercicio de las atribuciones estatales no es omnímodo, sino controlado y limitado por los derechos humanos de las personas. En este sentido, es pertinente recordar a Ponciano Arriaga, quien apuntaba que en una república, “las autoridades no mandan según

su voluntad, sino sujetándose a las prescripciones de las mismas leyes y ejerciendo la facultad que de ellas conceden para el efecto de hacerlas cumplir” (Benítez, 2005: 77).

La democracia, señala Zamora Grant,

significa participación en términos de igualdad, y ello en la justicia penal supone que los actores en el drama penal deben participar, sin importar sus posiciones de víctima, victimario o autoridad, de manera equitativa y en equilibrio. Esto significa, a su vez, no sólo la igualdad de fuerzas entre acusados y agraviados, sino entre éstos y el Estado (Zamora, 2012: 10).

La igualdad es un factor fundamental en el proceso penal, y donde los principios de la democracia deben ser observados en un sistema de justicia penal. Sin la positivización de los derechos y sus garantías, no podría hablarse de democracia, y tal circunstancia tendría serias repercusiones sobre el sistema de justicia penal, al grado de tornarlo autoritario y arbitrario.

Zamora Grant señala que la democracia es posible,

por el reconocimiento en la ley de los derechos humanos, en tanto éstos suponen una forma concreta de desplegar la función pública y ejercer el poder político con base en el presupuesto del respeto a derechos básicos, y de ello surge la exigencia del respeto por la autoridad de los derechos fundamentales.

[...]

Más que un modelo político consolidado, la democracia se convierte, incluso hasta nuestros días, en un anhelo permanente en consolidación. Existen por ello sociedades más democráticas que otras, en cuanto han consagrado de mejor manera los derechos humanos y logrado su actualización en términos de vigencia tanto real como jurídica.

La democracia, así, es medible, y su unidad de medida son los derechos humanos; una sociedad es más democrática si el modo en que se consagran y aplican los derechos humanos cumple estándares avanzados, de calidad (Zamora, 2012: 10).

Si lo dicho en el último párrafo es así, debe considerarse que el sistema jurídico que rige un Estado que presume tener bases democráticas, no puede permanecer indiferente a los cánones que rigen dicha forma de gobierno y, por supuesto, el sistema de justicia penal no puede ser la excepción, pues tendrá que adoptar sus postulados para sostener que se está ante un sistema de justicia penal soportado con bases de un Estado de derecho democrático(vid. Díaz, 2004: 54 y ss.), o dicho con otras palabras, se está en presencia de un “sistema de justicia penal democrático” (Zamora, 2012: 11).

Se suele afirmar en diversas áreas del conocimiento que el derecho penal constituye el brazo represor y de control del Estado; sin embargo, el ejercicio de las atribuciones tendientes a cumplir esos fines son previsibles y controlables mediante reglas que disciplinan la creación de las normas penales, comprobación de los hechos en el proceso penal, aplicación de las consecuencias jurídicas y la ejecución de dichas consecuencias. De igual manera, el ejercicio de esas atribuciones punitivas se encuentra limitado —como ya adelantamos— por los derechos humanos, pues incluso el sistema de justicia penal que tenemos, a raíz de la reforma constitucional de 2008, tiene como base el respeto a los derechos fundamentales. En otras palabras, esas actividades están inmersas en un sistema de justicia penal sustentado en los cánones de un Estado democrático de derecho como condición —si bien no suficiente— necesaria para un ejercicio racional del *ius puniendi* y el *ius poenale*.

Es significativo establecer —como lo hace Zamora Grant (2012)— que a mayores potestades del Estado y menores derechos de los gobernados, corresponderá un Estado derivado hacia el autoritarismo y alejado del perfil de corte democrático, y a la inversa, a mayores libertades y derechos de los gobernados, el Estado tendrá más instrumentos democráticos que autoritarios. Esto guarda cierta similitud con el esquema axiológico de Luigi Ferrajoli pues, como veremos más adelante, el grado de garantismo de un sistema de justicia penal dependerá del respeto y realización de los axiomas garantistas que propone.

Así, el Estado democrático de derecho es graduable y, por ende, también lo será el sistema de justicia penal, es decir, será un sistema más o menos democrático en la medida del mayor o menor cumulo de derechos que tengan las partes procesales y, por supuesto, limitaciones o atribuciones para quien ejerce el *ius puniendi* y el *ius poenale*.

La genuina democracia significa que los integrantes de una sociedad puedan participar de manera libre e igualitaria en las tomas de decisión, lo que traducido o llevado al ámbito de un proceso penal, retomando a Ferrajoli (2004), implicaría que las partes procesales podrán desarrollar sus actividades con cierta libertad e igualdad pero, además, que el Estado ajuste su actuación a un marco de respeto irrestricto de los derechos humanos de las partes.

Esto último es importante a los efectos del trabajo que ahora nos ocupa, porque a raíz de la reforma de 2008, se adopta un proceso penal acusatorio que se sustenta —a los efectos de su materialización— en el respeto de los derechos humanos establecidos tanto en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los Tratados Internacionales que contengan derechos humanos, es decir, aparece la idea del Poder Reformador de adoptar un modelo de justicia penal de corte democrático y, para ello, basta ver que una de las partes procesales —la víctima— que había sido relegada en la justicia penal mexicana, ha sido empoderada en sus derechos, denotando con ello, por una parte, la intención de generar un equilibrio e igualdad procesal para un debido ejercicio contradictorio y, por otro lado, se disminuyen las potestades del Estado en aspectos como el ejercicio de la acción penal, al reconocer el carácter privado de la misma, y permitir la solución del proceso mediante formas de terminación anticipada, reglamentar criterios de oportunidad, entre otras consideraciones más.

Empero, debemos tener en cuenta diversas variantes, entre ellas, que no toda reforma o modificación implica un avance y mejora del Estado democrático, pues pueden existir modificaciones o reformas que, abanderadas bajo un discurso garantista, materialmente pudieran implicar una disminución o limitación sistemática de los derechos humanos de las partes y sujetos procesales. Esto tendría como consecuencia que nos alejáramos en cierta medida de un genuino Estado democrático de derecho para, aún y cuando no sea esa la intención, acercarnos más a un sistema de justicia penal autoritario.

Pueden existir diversos esquemas para identificar las características y grados de un Estado democrático de derecho, lo mismo que el grado garantista de un sistema de justicia penal, por lo que es natural preguntarse: ¿cuáles son los requisitos o elementos que un Estado democrático de derecho debe tener?, y ¿cuáles son los requisitos o elementos que un sistema de justicia penal debe tener para ser llamado “garantista”?

Sin duda que dar respuesta a la última pregunta implicaría una empresa que rebasaría la pretensión que se persigue en este trabajo, pues se trata de temas largamente debatidos en áreas como el constitucionalismo, la filosofía política y jurídica, la teoría general del derecho y el garantismo penal, entre otras más.

Empero, consideramos que cualquier sistema de justicia penal diseñado en el marco del Estado democrático de derecho, debe contemplar como elemento esencial del proceso penal el derecho a la defensa, mismo que sólo podría cancelarse en Estados autoritario o regímenes absolutistas. Es así como, para los fines de este documento de tesis, destacamos que el derecho a la defensa, al igual que los demás que junto a éste conforman el juicio con todos los derechos, constituye una condición necesaria para la existencia y preservación de un sistema de justicia penal democrático y garantista.

Siguiendo a Zamora Grant (2012: 12-13), en el ámbito procesal se pueden identificar tres ejes que pudieran marcar la pauta para vislumbrar si el diseño de un sistema de justicia penal puede ser o no considerado democrático.

El primero tiene que ver con el reconocimiento, garantía y ampliación de los derechos humanos de las personas que se ven inmersas en un procedimiento penal como imputadas, de tal manera que deben contar con los elementos necesarios y suficientes para poder defenderse de cualquier investigación, imputación, acusación o condena.

El segundo eje se relaciona con el reconocimiento, garantía y ampliación de derechos de las personas que son víctimas u ofendidos de un hecho considerado como delictivo, de modo que tengan la capacidad para defender sus intereses en el proceso penal.

El tercer eje tiene que ver con la instauración de potestades a los entes estatales, sólidas, respetuosas de los derechos humanos de las personas inmiscuidas en una investigación o procedimiento penal, y en específico cuando desarrolla sus potestades encargadas de perseguir, procesar, sancionar y ejecutar las sanciones que se impongan como consecuencia de haber declarado responsable o inocente a alguna persona de un hecho constitutivo de un delito determinado.

Así, comienza a dibujarse una pertinente e indisoluble relación entre el Estado democrático de derecho, los derechos humanos, el debido proceso y el derecho a la defensa. Como

parte de este último derecho, tenemos el derecho a una defensa letrada o técnica por un profesional del derecho, siendo este elemento muy importante porque a través del mismo, los gobernados pueden accionar las garantías para acceder a la justicia, y donde los abogados tienen esa trascendental responsabilidad, como nos lo muestra David Luban:

[...] en las sociedades complejas modernas los sistemas jurídicos son fundamentales para proteger los derechos humanos; por lo tanto, los sistemas jurídicos moralmente aceptables encarnan los valores del Estado de derecho; por lo tanto se puede apuntar que existe el derecho humano al Estado de derecho. Y el Estado de derecho exige que el individuo sea capaz de conocer y comprender sus obligaciones y oportunidades jurídicas, así como poder accionar las palancas de las instituciones jurídicas aunque su capacidad y nivel de formación personales los hagan imposible. Por eso el acceso a la justicia es una cuestión de derechos humanos, y el punto en el que los abogados entran en juego (Luban, 2013: 218).

Conforme a lo que se viene expresando, en *Proceso y democracia*, Piero Calamandrei señala lo que sigue:

[...] en el proceso moderno, que responde a los principios constitucionales de los nuevos ordenamientos democráticos las dos partes son siempre indispensables. En relación a la defensa, Carlos Carnicer, señala al que claro en relación a la importancia de los abogados en el proceso penal: “sin abogados no hay defensa técnica [...] sin defensa técnica no hay justicia, y sin justicia, no puede sobrevivir el Estado de derecho” (Gutiérrez-Alviz, 2012: 94).

Un principio que muestra la enorme importancia que tiene la actividad que desarrollan los abogados en tanto postulantes en el proceso penal, es el principio de contradicción: *audiatur et altera pars; nemo potest inaudito damnari* (Gutiérrez-Alviz, 2012: 19). Esto es así porque la participación de las partes en el proceso es igualmente importante para, conjuntamente, desarrollar el principio de contradicción, no para desbordar los ánimos litigiosos de las partes o permitir ostentar la elocuencia de los abogados sino, y en esto se debe ser muy enfático, para la justicia (*cf.* Calamandrei en Gutiérrez-Alviz, 2012: 19).

Y no puede ser de otra forma, pues como veremos más adelante, la cualidad dialéctica del proceso constituye un mecanismo para la obtención de un mejor conocimiento sobre la verdad de lo acontecido, lo que nos permite vincular la importancia del derecho a un defensor para la mejor determinación de los hechos, en función de otro derecho no menos significativo para un Estado democrático de derecho: el derecho a la verdad.

Se debe ponderar entonces el derecho a la defensa y su papel fundamental en un sistema de justicia penal de corte democrático, y donde queda fuera de discusión que el derecho a la defensa forma parte y es requisito esencial de un sistema de justicia penal, que debe imperar en un Estado democrático de derecho.

Aunado a lo dicho en el epígrafe que antecede, consideramos necesario y factible identificar el origen de los principios y derechos que soportan ese tipo de Estado en la era moderna y, de esta manera, distinguir el origen moderno de los requisitos que un sistema de justicia penal garantista debe tener, lo cual es útil para este documento, porque habremos de determinar cuál es la epistemología que rige al derecho a la defensa. Es así como se hace necesario llevar nuestro análisis al pensamiento de la Ilustración.

1.2. El Estado democrático de derecho y el pensamiento ilustrado

Las corrientes filosóficas que dan sustento al pensamiento ilustrado, pueden encontrarse en capítulos históricos que le antecedieron; y para delimitar el presente estudio alrededor de la Ilustración, partimos de la idea de que dicho movimiento constituyó un detonante en la historia de la humanidad, generador de los pilares que soportan al Estado constitucional y democrático de derecho, y del garantismo penal.

Si bien el derecho de aquella época supone uno diverso al de nuestros días —en tanto que aquel pensamiento parte de ideas liberales que pugnaron por un modelo de defensa social, mientras el de nuestros días la protección individual y dignidad humana son de suma valía para un modelo de protección en el que ser humano parece ser el centro de la protección—, no podemos negar que nuestro actual modelo encuentra las bases y principios de muchas de sus instituciones jurídicas de la Ilustración. Las corrientes de pensamiento que inspiraron la también conocida como época de la razón, resultan diversas; por ejemplo, el *iusnaturalismo* racional del siglo XVII, donde el racionalismo fue argumento sustantivo para terminar con

cuestiones conceptuales etéreas, volviendo su atención a problemas terrenales para, con base en la razón, comprender la estructura de los problemas como un requisito para lograr una transformación que, eventualmente, se convertiría en un colosal intento de llevar los principios del derecho natural racional a los dominios del Estado y su orden jurídico positivo (Prieto Sanchís, 2003: 12).

La Ilustración supuso un gran avance en la historia de la humanidad en general, pues logró transformar el pensamiento en diversas áreas como la moral, la política y el derecho, transformación como quizá ninguna otra época evidenció, trascendiendo en temas específicos como derechos humanos, constitucionalismo, democracia política y gobierno representativo, la solidaridad y, por supuesto, el garantismo penal, conceptos de emblemática referencia, a los que les quedó impreso el sello característico del pensamiento ilustrado, *id est*, la razón (Prieto Sanchís, 2003: 12).

Se reconoce que las ideas liberales y racionales aportadas por la Ilustración, generaron cambios profundos en la forma en que se entendía la organización y ejercicio del poder por parte del Estado (Prieto Sanchís, 2003), pues quien ostentase el poder, debía surgir del pueblo mismo para representarlo bajo un respeto irrestricto de los derechos humanos.

1.2.1. Rasgos del proceso criminal y el derecho a la defensa en la Ilustración

Antes de que la Ilustración emergiera con sus postulados humanitarios y racionales, estaba vigente en Europa el Estado absoluto o totalitario en el que el monarca —que en la ideología del Medievo, resultaba elegido por Dios para representarlo y gobernar en la tierra— disponía de la vida, presente y futuro de sus súbditos, sin ninguna cortapisa (Ferrajoli, 2004, y De Lardizábal, 1982: 33 y ss.).

Así, y contrario al modelo inquisitivo penal que imperaba en esa época, el pensamiento ilustrado supuso —además de ciertas garantías sustantivas— una serie de garantías procesales que evidentemente eran contrarias a aquel modelo. Las repercusiones del pensamiento ilustrado en el ámbito jurídico no fueron una cuestión espontánea, sino que se llegaron a adoptar de la tradición jurídica inglesa, considerando la racionalidad en el derecho en general, en tanto que adopta razones más instrumental y operativa dirigidas a conocer y comprender el mundo de los hechos (Gascón Abellán, 2010: 28 y 173).

Gaetano Filangieri (2018: 571) sostuvo que la ley procesal de Inglaterra ofrecía luces sobre la forma en que se debía enjuiciar a una persona; no obstante, este autor no toma del todo dicho modelo para su propuesta, sino una parte del mismo para adecuarlo a la razón y necesidades de su tiempo. Esto último es un punto a considerar, porque nos muestra una selectividad parcial del modelo y reglas jurídicas que también debemos ponderar hoy, para no tomar y aplicar a rajatabla toda la gama de reglas que ofrece un determinado modelo procesal.

El pensamiento ilustrado establece las reglas que deben regir al proceso penal y los derechos humanos, que a partir de este pensamiento, retoman un papel fundamental (Prieto Sanchís, 2003: 17), y para muestra, baste observar que en el ámbito internacional, al amparo del iluminismo, se gestó y promulgo uno de los instrumentos más importantes en materia de derechos humanos, esto es, la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, que, además de su elocuente denominación, se dirige a “asegurar al individuo el goce de derechos «naturales» en cuanto poseídos por el hombre por esencia propia, independientemente de la pertenencia a una determinada comunidad o sociedad” (Gometz, 2012: 184). En este instrumento jurídico, ya se deja sentir la importancia de diversos derechos, como el debido proceso legal y la presunción de inocencia y, como parte esencial de estos, el derecho a una defensa.

Desde la Ilustración, Filangieri (2018: 569) indicaba que entre las leyes criminales, la más difícil de ejecutar —y que por ello debía tratarse con mayor cuidado—, era la del enjuiciamiento de las personas, pues hasta ese momento de la historia, no se había podido encontrar un mejor método que sustituyera la forma en que se enjuiciaba a las personas. Esto cobra sentido si consideramos que la falta de secularización e irracionalidad constituían características esenciales del derecho punitivo y probatorio que imperaba en ese sistema de corte inquisitivo, donde el derecho solía estar al servicio de alguna opción religiosa, por lo que los procesos que se llegaban a instaurar se dirigían a probar ciertas cuestiones morales o peculiaridades del acusado, es decir, se orientaba más a los juicios de valor que a los hechos; aunado a ello, se debe considerar que la pena estaba orientada a la reeducación moral (Prieto Sanchís, 2003: 25, y *vid.* De Lardizábal, 1982).

En el sentido precisado, podemos ver que Luis Prieto Sanchís explica, acudiendo a Ferrajoli, que la filosofía de la Ilustración implicó un parteaguas en los modelos de justicia penal,

pues en ella se puede encontrar el origen de un modelo garantista, en tanto combatió con la misma energía los sistemas penales e instituciones procesales de la época que tenían una clara pugna con los nuevos principios ilustrados; por ejemplo, el proceso se enderezaba a la verificación de un crimen que era visto como un pecado, y al delincuente como un desviado moral, lo que orillaba a exigir juicios de valor en lugar de comprobaciones empíricas, reinando por tanto juicios de valor, mientras que los juicios de los hechos brillaban por su ausencia, lo que a su vez propiciaba que la confesión del reo soportaba esos juicios de valor, en un proceso secreto donde el juez tenía un papel activo en la búsqueda de una verdad material y, por tanto, carecía de imparcialidad, todo lo cual evidenciaba una vinculación entre ese derecho sustantivo y procesal, que daban paso a un sistema procesal decisionista e inquisitivo, en el que se castigaba por lo que se era y no por lo que se hacía, y en donde, además, la defensa tenía un papel irrelevante pero también era considerada como un obstáculo para la buena marcha del juicio (Prieto Sanchís, 2003: 47 y 48); en un sentido similar nos habla Ferrajoli sobre este aspecto:

[...] el esquema decisionista (que está excluido, si bien no necesariamente, de los sistemas acusatorios) acompaña con frecuencia el método inquisitivo: según éste, es justo que el que juzga sea un órgano activo en la investigación de la verdad sustancial, informada por criterios esencialmente discrecionales; la actividad instructora puede muy bien ser secreta, interesando más la decisión justa que su controlabilidad; el papel de la defensa resulta irrelevante o, peor todavía, se considera un obstáculo para la buena marcha del juicio; el objeto privilegiado del proceso no es el hecho-delito sino la personalidad del reo (Ferrajoli, 2004: 541).

Nos podemos dar cuenta que en el *ancien régime*, la persona que era investigada o procesada por lo que se estimaba era un delito —entendido muchas veces como cuestión moral o religiosa—, por lo que el individuo era visto como un objeto del proceso al que se le debía extraer información conforme a ciertos mecanismos como el tormento (De Lardizábal, 1982: 243 y ss., y Gimeno, 2015: 282), siempre bajo la idea de conocer la verdad material, lo que cambia radicalmente con la ideología del siglo de las luces, en donde es visto como un sujeto de derechos.

Vemos entonces que las instituciones punitivas vigentes en la época rápidamente entraron en pugna con los principios de la Ilustración (Prieto Sanchís, 2003:18), *verbi gratia*, el espíritu humanitario, que se antepone a la crueldad de los procedimientos y castigos del viejo régimen, tanto así que Charles Louis de Secondat, Barón de Montesquieu, sostenía que la libertad de los individuos no podía verse más atacada sino con las acusaciones públicas o privadas (Prieto Sanchís, 2003: 18), de ahí que un interés en común en la Ilustración fue enunciar las reglas que debían observarse en los procedimientos judiciales del orden penal, pues en aquella época no parecía existir la transparencia o conocimiento suficiente sobre las reglas del proceso penal: la oscuridad parecía ser una cualidad en aquel régimen donde era común imponer penas inhumanitarias, incluso la pena de muerte (Becaría, 2015, y De Lardizábal, 1982: 152).

Un sustancial resumen sobre el proceso criminal en el *ancien régime*, es el que podemos encontrar en Denis Diderot:

Parece que el juez se haya esforzado por encontrar un culpable. Al prisionero no se le dice la causa de su detención. Se comienza planteándole cuestiones capciosas. Se le esconden escrupulosamente los cargos y las informaciones. No se carea con los testigos sino en último extremo. Llamaría gustosamente a todo ello el arte de hacer —no de descubrir— culpables (Prieto Sanchís, 2003: 49).

Diderot muestra que la defensa era casi imposible de ejercer en aquella época ante el juez que se esfuerza por encontrar o hacer culpable a quien es acusado, y al que se le esconden los cargos y pruebas. Así, la inseguridad e indefensión procesal se genera en el momento en que el acusado no sabe el motivo de su detención o no puede conocer los cargos ni las informaciones que la sustentan. Contrario a este modelo, uno de los puntos torales por lo que el pensamiento ilustrado se destacó, fue el proponer la debida información para quien era acusado de cometer un acto criminal.

En este orden de ideas, Filangieri (2018: 572) nos dice que la libertad o derecho a acusar ha sido una prerrogativa que durante varios siglos y en diferentes periodos históricos han tenido los ciudadanos, incluso desde la Antigüedad, en los pueblos egipcios, hebreos y romanos —aún y cuando se reconocían ciertas excepciones—, pues existe un interés común a

través de tiempo por parte de la sociedad para preservar valores como son el orden público, la observancia de las leyes, la disminución de los delitos, por lo que los “más sabios legisladores” no negasen al ciudadano aquel derecho o libertad para acusar a otro, y quienes debían probar su acusación (Filangieri, 2018: 572 y 586).

Filangieri (2018: 590) analiza el estado que guardaba la acusación judicial en las naciones europeas en su tiempo, y que, a diferencia de la Antigüedad —donde la acusación constituía una libertad o derecho de los ciudadanos—, arrebató a los ciudadanos la prerrogativa para acusar, de tal suerte que únicamente estaban en la posibilidad de acusar de las ofensas que se les hacían en su persona o familiares, por lo que en varios países sólo podían solicitar el pago de la reparación del daño y perjuicios. En este periodo se confiere a una persona pública la persecución de los delitos, mientras que el juez —y subalternos— se encarga de la averiguación —secreta— de los autores y las circunstancias en que se cometió determinado hecho, y en consecuencia, dictar la sentencia correspondiente.

Además de que la acusación e investigación que se generaba en contra del ciudadano era secreta y no podía saber lo que le esperaba, la privación de su libertad y su incomunicación era inminente porque “si su condición no es tal que no se pueda temer la fuga; o si es grave el delito de que se le acuse, basta un simple indicio para privarle de la libertad, de la compañía de su familia, y de su honor” (Filangieri, 2018: 592), siendo hasta su aprehensión cuando se le enteraba sobre la acusación en su contra; sin embargo, debía pasar mucho tiempo antes de tener un mejor conocimiento sobre los cargos que pesaban sobre el acusado.

Una las ideas que sostiene Filangieri en relación a la nueva visión que requería el sistema de enjuiciamiento de su tiempo, es la de regresar a los ciudadanos el derecho para acusar, acompañada esa potestad de fuertes candados para que no se abusase de ese derecho, por lo que propone la creación de una magistratura encargada de la acusación, en los casos en que no exista acusación privada; el magistrado debe cumplir con ciertos requisitos para llegar a ocupar tan importante responsabilidad, así como fuertes controles para desarrollar su actividad y no abusar de ella:

[...] si la libertad de acusar es una prerrogativa que no se puede separar de la ciudadanía sin incurrir en los más grandes desórdenes, el primer objeto de la reforma del

juicio criminal debería de ser restituir este derecho al ciudadano, y el segundo y el segundo combinarle con la dificultad de abusar de él (Filangieri, 2018: 607).

Así, la nueva magistratura será la encargada de averiguar a los autores de delitos en que no hay ningún acusador privado, descubrirlos, acusarlos y citarlos a juicio, e instruir contra ellos la acusación —con las mismas fórmulas y solemnidades si el acusador fuese un ciudadano privado—, y sostenerla del mismo modo hasta que estuviese terminado el juicio. Estos magistrados, a diferencia de los de la antigua Roma, deberían protegerse, no sólo de la calumnia manifiesta, sino también la simple calumnia: Y esto sería un nuevo sello que se añadiría a la confianza que debería tener el pueblo en su ministerio, y un obstáculo necesario contra el abuso de su autoridad (Filangieri, 2018: 624).

Con la creación de un acusador público para aquellos casos en que no exista uno privado, desaparecerían diversos inconvenientes durante las investigaciones, pues el juez no haría la función de acusador en tanto que ni él ni sus subalternos tendrían que averiguar los delitos, no habría lugar para la denuncia secreta, siendo aquel órgano que acusa el encargado de copiar y producir las pruebas que hubiesen en contra de la persona acusada; la pública voz y fama ya no serían un motivo legítimo para privar al hombre de su libertad, por lo que el juez sería, ahora sí, quien examinaría el valor de las pruebas, juzgando todos los actos generados con motivo de esa de esa acusación (Filangieri, 2018: 625).

Así, como primer paso a la justicia, se debe considerar como requisito esencial la notificación a la persona acusada que, como sabemos, hoy es un requisito esencial del debido proceso. Este requisito, conforme a la regulación que imperaba en aquellos tiempos, también ocupaba de reformas (Filangieri, 2018: 626). Esto último nos muestra lo esencial que resulta la debida notificación de los cargos para poder hacer posible el derecho a la defensa y la justicia en general, pues sin dicha notificación, difícilmente podrían existir las condiciones necesarias para desplegar una defensa en un proceso judicial. En este aspecto, Filangieri parecía coincidir con el método que se seguía en Roma:

Citar a un hombre, a quien se acusa de un delito; conducirlo ante el magistrado competente; mostrarle su acusador; manifestándole la acusación; preguntándole sin misterio sobre la verdad de lo que se ha firmado contra él; no mostrar prevención a favor

de ninguna de las partes; conceder igual número de días al reo para justificarse, y al acusador para sostener la verdad de su acusación; abolir todos los actos extrajudiciales, todos los altercados indecentes entre el Juez y el acusado, todos los errores, violencias y asechanzas que hacen tan abominable, tan indigno e injusto el actual sistema; desembarazar la justicia de aquella oscuridad voluntaria en que se envuelve con el misterio de la pesquisa; abolir los juramentos inútiles que se exigen al acusado, y que sólo sirven para multiplicar los perjurios y para debilitar un vínculo precioso que no tiene fuerza entre los hombres sino cuando se usa de él con economía; no recurrir en la citación a la captura sino en aquellos casos en que se pueda sospechar la fuga del acusado, o haya razón para castigar el desprecio que hubiese hecho de la autoridad legítima; dejar libre su persona bajo la palabra de un fiador, siempre que la naturaleza del delito y la gravedad de la pena prescrita por la ley no exige mayor seguridad; procurar que aún en estos casos la custodia del acusado no sea indigna de un inocente; emplear parte de la renta del Estado en la construcción de cárceles, donde los depósitos de la justicia pública deberían necesitar la idea agradable de la moderación y respeto con que custodia la sociedad, aún en aquellos individuos que han merecido su desconfianza; en una palabra, tratar al acusado como ciudadano hasta que resulte enteramente probado su delito; he aquí lo que se obtenía con el método libre y sencillo de Roma y lo que se conseguiría ahora, si llegase a adoptarse [...]

Debería añadirse otra cosa [en] esta reforma; a saber, la división de cárceles para los acusados y para los convictos (Filangieri, 2018: 640-642)

El problema para la propuesta de Filangieri en el tiempo en que escribe su obra (2018: 624), es que no sería posible su materialización, dado que existía la jurisdicción feudal, por lo que apunta la necesidad que el sistema de justicia que imperaba en su tiempo, fuera reducido a cenizas; propuestas como la suya y de otros ilustrados son una “antorcha de la razón” que comienza a derruir ese viejo régimen, siendo a los nuevos gobiernos a quienes les corresponde consumir dicha hecatombe, como lo propuso la Ilustración, controlar o limitar aquella arbitrariedad punitiva, de ahí que a mitad de siglo XVIII se generalizan propuestas articuladas

para una reforma al derecho penal y al derecho procesal penal en la búsqueda de su racionalización y humanización (Prieto Sanchís, 2003: 22-24).

Una de las áreas más importantes del proceso criminal a las que los ilustrados como Jeremy Bentham, Cesare Beccaria y Gaetano Filangieri se refieren, es la actividad probatoria, pues se reconocía la gran problemática en esa materia probatoria, que a su vez tenía implicaciones en otras materias —en lo que nos importa resaltar, en materia de defensa—, tanto en el ámbito legislativo como interpretativo de la norma para los jueces, lo que, eventualmente, favorecía acciones que implicaban la impunidad de los delitos, y por otra parte, la afectación a inocentes.

Para tener constancia de lo apuntado, basta abrir aquellos interminables volúmenes que contienen nuestra jurisprudencia criminal —compuesta de una absurda e indigesta combinación, de una parte, de las leyes romanas con algunos principios legales del derecho canónico, mezclados con la legislación de los tiempos barbaros, y alterados monstruosamente con las opiniones de los doctores, cuyos delirios han adquirido fuerza de ley en nuestros tribunales por una práctica antigua— para ver cómo una sutileza metafísica y una lógica absurda y pueril favorecen por una parte, a la impunidad de los delitos, y por la otra, exponen la inocencia a los mayores riesgos, y dejan siempre una arbitrariedad funesta y despótica en manos de los jueces (Filangieri, 2018: 650).

Vemos que el modelo probatorio por excelencia, era el de la prueba legal, donde se le asignaba determinado valor a cada una de las que pruebas que se reunían, para hacer una suma y establecer la “verdad material”. Esta verdad constituía el fin supremo que a su vez justificaba el empleo de cualquier tipo de método para obtenerla, y uno de los medios probatorios para llegar a la verdad buscada era la tortura, la cual en ese entonces era la preferida en gran parte de Europa, e incluso se requería que el juez diera fe de las declaraciones que se obtenían por ese mecanismo.

De igual modo, era permitido presentar en el juicio criminal a inocentes para ser torturados, aun y cuando no habían tenido nada que ver con el delito, y su única desgracia era la de haber presenciado el crimen, por lo que eran sometidos a dislocación de huesos, a la prueba del fuego, a estiramientos en un potro, etc., y todos estos tormentos eran aplicados porque se les creía incapaces de decir la verdad si no eran atormentados (Filangieri, 2018: 655 y 656).

Un contemporáneo del iluminismo, Miguel de Lardizábal y Uribe (1982: 243), decía que “el tormento es comúnmente reputado por una de las pruebas y medios que hay para descubrir la verdad”: sentenciaba asimismo que era una

prueba no sólo sumamente falible, sino enteramente inútil para el fin que se solicita, y una prueba tan desigual, que en ella el inocente siempre pierde, y el delincuente puede ganar: porque, o confiesa el inocente, y es condenado, o niega, y después de haber sufrido el tormento, que no merecía, sufre también una pena extraordinaria, que tampoco merece; pero el delincuente tiene un caso favorable, que es cuando tiene constancia para negar, y se libra de la pena que merecía (De Lardizábal, 1982: 252).

De su lado, Esteban Dumont refiere que en 1790, la asamblea constituyente de Francia determinó constituir una comisión para preparar un proyecto de organización judicial junto con la creación de un nuevo sistema, porque el que existía no respondía a los nuevos principios constitucionales (Bentham, 1843: 5).

De lo apuntado por Dumont sobre el tipo de proceso que imperaba en aquella época, señala que si bien la acusación había prestado un servicio a Francia, ya no era compatible con los nuevos principios por su diseño, fines y la confusión de poderes, y que también principios esenciales como el de la igualdad judicial habían desaparecido por completo ante el privilegio que tenían los tribunales, formas privilegiadas de juzgar, así como por el monopolio alcanzado por los letrados. En cuanto al derecho a la defensa en el ámbito penal, no se le concedía defensor al acusado aun en casos donde estuviera en riesgo la vida, mientras que las declaraciones obtenidas por tormento eran secretas, la publicidad no existía, con lo que se podía ver que la tutela a una justicia le había sido arrebatada a los ciudadanos poco a poco, pues incluso en los trámites de apelación era sumamente fácil y recurrente que se detuviera a los litigantes de manera arbitraria. Todo lo anterior exigía renovar por completo el proceso criminal para buscar cumplir con los fines de publicidad, igualdad, gratitud e imparcialidad judicial (Bentham, 1843: 6-7).

Haciendo un ejercicio de vinculación con el presente, en el proceso penal de nuestro tiempo, el rubro de la actividad probatoria resulta ser de los más problemáticos, aunque si

bien en menor medida y con otro tipo de problemas, pero complejo y muchas veces olvidado por nuestro legislador. Pensemos en la forma en que se debe desarrollar la determinación judicial de los hechos, la aplicación correcta del método de la valoración racional y libre de la prueba, estándares probatorios, la mejor manera de asegurar la práctica de la prueba, entre otros aspectos más, y todo lo cual conlleva riesgos de error para las partes, traducido esto en la afectación de valores importantes para el Estado y de las partes procesales para ambas, *id est*, el interés de perseguir los actos delictivos, encontrar y sancionar a los culpables y reparar el daño, por un lado, y por el otro, la no afectación de inocentes materiales.

La verdad y certeza en el ámbito probatorio constituyeron problemas importantes en el pensamiento ilustrado. Filangieri define a la certeza moral —aplicando la idea de la certeza en general a las proporciones de hecho—, como “el estado del ánimo seguro de la verdad de una proposición relativa a la existencia de un hecho que no ha pasado a nuestra vista” (2018: 713). Dicho autor señala que un hombre puede estar cierto de la verdad de un hecho que es falso; puede dudar de un hecho que es verdadero; puede estar cierto de un hecho que para otro es dudoso; y puede dudar del que es cierto para otro.

Así pues, debemos tener presente que en aquella época, Filangieri señalaba la necesidad de que se obtuviera la certeza moral de que una persona violó la ley penal para condenarla (2018: 713).

Sin embargo, para controlar esta gran potestad individual para establecer y confiar en la certeza del juzgador, el autor en cita proponía combinarla con criterios legales, *id est*, lo que conocemos como prueba legal, pudiendo con base en estos dos criterios: determinar si la acusación es verdadera (con lo que ocasiona la condena), falsa (con lo que ocasiona la absolución) o incierta (con lo que ocasiona la suspensión del proceso) (2018: 715).

Más adelante, indicaremos los motivos por los que nos alejamos de concepciones con tintes psicologistas de la prueba y la prueba tasada; por el momento, sólo diremos que una concepción racional de la prueba asegura y maximiza los derechos a la defensa y a la prueba.

Marina Gascón Abellán (2010: 28 y 30) señala que el siglo XVIII, centra la atención en los hechos, su lógica y metodología newtoniana, que se busca sustentar en la inducción la validez de verdad respecto a nuestras pretensiones de aplicar en todos los campos, pues la observación y experiencia abonan a la comprensión de lo que acontece en nuestra realidad,

teniendo esto importantes repercusiones en la búsqueda de la verdad en el proceso judicial, aspectos que son retomadas por el garantismo penal de nuestra época.

En cuanto al derecho a la defensa de las personas que se veían inmiscuidas en un proceso penal al ser señaladas como autores o partícipes de la comisión de algún hecho delictivo, se vio sensiblemente afectado por la cultura inquisitiva (Harfuch y García, 2016: 23), pues toda la estructura jurídica de ese tipo de proceso privilegiaba normas jurídicas y criterios judiciales que de variadas formas impedían, restringían o tornaban ineficaz la defensa, porque la persona inculpada era vista más como un objeto de prueba que como un sujeto de derechos, y esto se puede corroborar con el simple hecho de que la confesión del acusado constituía la prueba más utilizada para probar las cuestiones morales en el proceso, en el que el juez tenía un papel activo para averiguar esa verdad y castigarle por lo que se era y no tanto por lo que se hacía (Prieto Sanchís, 2003: 47 y ss.).

Es gracias al Iluminismo que se logró que mecanismos probatorios como la tortura y la confesión se fueran diluyendo, pues fueron muchas las críticas ilustradas que en buena medida abonaron para lograr su erradicación, y cuya trascendencia llega hasta el constitucionalismo del siglo XX (Alvarado, 2006: 61).

Son las propuestas de la Ilustración las que gestan la idea de que exista un defensor, incluso público, en un proceso criminal. Pugnaba porque los medios de defensa para quien tuviera el infortunio de ser acusado, fuesen amplios:

Para fijar pues las ideas con más precisión, digo que el legislador debería conceder al reo todos los medios posibles de defensa, pero ninguno de seducción; que debería permitirle que contase con el auxilio de uno o más abogados en todos los trámites del proceso, que se valiese de su ministerio, así en las recusaciones de los jueces del hecho, como en las de los testigos presentados por el acusador, que les hiciese hablar por él, tanto en la exposición del hecho, como en la del derecho; y que debería dejarle en cualquier caso el término de diez días, por lo menos para prepararse a la defensa (1); y concederle mayor plazo, cuando fuesen tales las circunstancias del hecho que pudiese justificarse el reo a no dársele más tiempo. En tal caso debería el presidente trasladar el juicio a otra sesión (2).

Ninguno de estos auxilios se habría de negar al reo; pero debería prohibirse severamente así a este como a su defensor aquel abuso de elocuencia, aquellas descripciones seductoras y patéticas, aquellos apóstrofes a las mujeres y a los hijos del reo, a quienes se hace llorar para mover al juez a que derramando también lágrimas haga traición a la justicia, aquellas narraciones exageradas de los beneficios que ha hecho o puede hacer el reo a la sociedad; en una palabra, todo lo que conspira a excitar la compasión y no la justicia de los jueces. (Filangieri, 2018: 834 y 835).

Cuando Bentham realiza una serie de críticas razonadas a la propuesta de la comisión francesa sobre nueva ley de enjuiciamiento criminal, lo hace a detalle, artículo por artículo. Sin embargo, ante la falta de tiempo para que sus propuestas pudieran consolidarse, se terminó adoptando un modelo contrario a los principios que proponía el jurista inglés (Bentham, 1843: 8).

Empero, queda su importante propuesta, donde se advierten diversas ideas ilustradas sobre el proceso judicial de su época; Bentham considera que el derecho a la defensa es, incluso, un verdadero derecho natural: “Si existe algún derecho que pueda llamarse derecho natural, y que tenga en sí mismo el carácter evidente de conveniencia y de justicia, parece que es el de defenderse a sí propio, o valerse de un amigo para que le ayude en su causa” (1843: 8).

Por lo que hace al trasfondo del diseño del proceso que existía en aquel tiempo, y que en cierta medida parece explicar el por qué se daba mayor relevancia a la función persecutora que a la defensa, Bentham señala:

Prescindiendo de algunas excepciones honrosas, la administración de justicia se ha conducido con una insensibilidad y dureza que se resiente de la barbarie general de los tiempos antiguos, en los cuales no solamente era la persecución objeto principal de los gobiernos, sino que era el único. Este objeto llenaba toda la esfera de sus concepciones y limitaba el horizonte del despotismo. El rey o los barones estaban interesados en el castigo de los delincuentes; porque las confiscaciones y las multas aumentaban su tesoro; los inocentes no ofrecían ganancia alguna; y su salvación no interesaba más que a ellos (Bentham, 1843: 88).

Al direccionar su crítica a Francia y al *ancien régime*, señala lo siguiente:

Aun en Francia, que pasa por una nación civilizada y de costumbres suaves, había un descontento general contra los parlamentos, bajo un gobierno monárquico temperado. La opinión pública no estaba contra ellos por su corrupción, sino que les imputaba una disposición rígida a presumir siempre el delito y nunca la inocencia, a buscar delincuentes, y a considerar casi siempre la absolución de un acusado como una derrota para los jueces. Las presunciones acogidas como pruebas, las medias pruebas acumuladas para equivaler a una entera, los artificios puestos en uso contra los acusados, la actuación secreta de los procesos, los rigores de un encarcelamiento largo y penoso, y por fin el tormento para salir de dudas, estas son, a nuestro parecer, demasiadas razones para justificar las imputaciones populares (Bentham, 1843: 88).

Se puede ver que la regulación de la defensa es un tema primordial en el pensamiento ilustrado, y en tal sentido Filangieri señala que una buena forma de sentar las bases para diseñar una defensa, es determinando el valor de la prueba y estableciendo las formalidades del proceso:

Determinando el valor de las pruebas [racionalmente] legales, y el orden y las solemnidades de los juicios, suministra al mismo tiempo al acusado los motivos de donde ha de deducir su defensa. Lo que toca al legislador es establecer, no los argumentos, sino el *modo* de la defensa... (Filangieri, 2018: 828).

A este respecto, también nos parece importante la siguiente idea de Nicolás de Condorcet, plasmada en el *Proyecto de Declaración de Derechos*, en que se incluye el siguiente precepto:

[...] todo acusado gozará de una entera libertad para usar sus medios naturales de defensa, lo que implica necesariamente la publicidad del proceso, la libertad de designar sus abogados, de comunicarse con ellos en cualquier fase de la instrucción, de ser informado de todos los actos del procedimiento y de poder proponer testigos a su favor (Prieto Sanchís, 2003: 55).

Sabemos que para el derecho a la defensa es importante una debida notificación de los cargos, pero por otro lado, también se advierte en el pensamiento ilustrado la obligatoriedad de la defensa y, cuando las condiciones lo permitan, la posibilidad de que el defensor sea elegido libremente, y que cualquier limitación a esta libertad se tornaría injusta, debiendo ofrecer la defensa al reo en los casos en que por su pobreza o por otro motivo no pudiese hacerse de un abogado, debiendo ser obligatoria en los casos capitales (Filangieri, 2018: 836).

Del mismo modo, se comienza a señalar la necesidad de que exista una institución pública encargada de otorgar el servicio de defensa pública en cada región para aquellas personas de escasos recursos económicos, el cual debería ser acorde al número de población, debiendo ser necesario y obligatorio garantizar dicho servicio aun y cuando el acusado no quisiera (Filangieri, 2018: 837).

Un poco más hacia nuestra época, Luigi Ferrajoli destaca que el pensamiento ilustrado pugna por la existencia de una defensa pública y obligatoria, y que estas ideas permitieron que la defensa técnica asumiera la forma moderna en cuanto a su legal obligatoriedad, pues previo a dichas propuestas, la defensa había sido reducida, durante siglos, por la Inquisición—en palabras de Nicola Nicolini— a “un arte baja de intrigas” (Ferrajoli, 2004: 614).

Podemos darnos cuenta de la clara referencia sobre la “necesidad” de que exista un servicio de defensa pública cualificada en las poblaciones cuyo número de defensores debería ser acorde al número de población. Incluso, se alude a que el nombramiento del defensor debería ser permanente y formar parte de un servicio civil de carrera para llegar a los principales puestos que implican la judicatura. Por supuesto, se refiere a la necesidad de que el defensor tenga la capacidad y conocimiento necesario y adecuado para desplegar una defensa y, desde luego, la sensibilidad humana para dicho cargo; al respecto, Filangieri nos dice:

La persona encargada de una función tan noble debería ser tan respetable como el cargo que ejerce, el cual, además de ser perpetuo, habría de ser un escalón para subir a los primeros empleos de la magistratura. Este magistrado debería estar sujeto en el ejercicio de su ministerio a las mismas leyes que cualquier defensor privado. Un conocimiento profundo de las leyes y una probidad acreditada deberían ser sus requisitos; la facilidad en ordenar sus ideas y en comunicarlas a los demás debería

ser su talento; y una sensibilidad de corazón unida a la constancia en el trabajo debería indicar su carácter moral (Filangieri, 2018: 837).

En relación a la función de la defensa pública, Bentham formula una serie de preguntas: (1) ¿Este empleo es inútil o menos necesario que el del acusador público? (2) ¿No está tan interesada la sociedad en la seguridad de la inocencia como en el castigo del delito? y (3) ¿Será por ventura acertado manifestar más precauciones y emplear más medios para el ataque que para la defensa? (1843: 88).

El liberal inglés termina aconsejando lo importante que resulta colocar al lado del órgano que persigue el delito, a una persona que vigile la inocencia, es decir, a un defensor público cuya labor debe ceñirse más a los intereses y casos de los pobres y no a quienes le paguen en tanto pertenecen al público. Pero también indica que es importante no conceder ventajas al acusador por sobre la defensa, separar del juez las funciones de acusador y defensor para lograr una imparcialidad en aquel (Bentham, 1843: 88).

Para Bentham, el papel de los abogados en el proceso judicial resulta fundamental porque reestablecen la igualdad entre las partes en el proceso judicial y no se niegan al que los busca (1843: 88, y 2008: 150). De esta manera, se puede ver que la función del defensor público y abogado, en la propuesta de Bentham, resulta esencial, tal como los otros principios que parecen buscar un proceso justo.

A lo antes dicho, Dumont hace notar que la función del defensor público sólo debe tener lugar a favor de aquellas personas que no cuentan con los recursos para seleccionar el defensor que quieran; sin embargo, refiere que en Francia e Inglaterra se suele nombrar un defensor y nadie se niega a desempeñar dicho cargo (Bentham, 1843: 89).

Se puede ver que las ideas ilustradas sobre el proceso criminal y la defensa están guiadas por la razón, y son esos valores —si bien no los únicos— los que eventualmente nos muestran el porqué de la actual regulación del derecho a la defensa, y constituyen para la sociedad y quienes se sientan atraídos en desentenderse de ciertos principios garantistas, un recordatorio importante sobre las aberraciones humanas y jurídicas que se pueden llegar a cometer en los procesos penales si se decide desligarse de ciertos principios garantistas.

Cuando decimos que los principios sentados por la Ilustración no son los únicos, tenemos en mente otros tantos que se han ido conformado a lo largo de la historia, destacados por organismos nacionales e internacionales, cuya función es decidir sobre el debido juzgamiento de casos y personas a nivel nacional e internacional, como ya veremos más adelante.

En esta pauta, es plausible colegir que el pensamiento ilustrado se percató de la necesidad —y por ello propone férreamente— de generar ciertas condiciones para confeccionar el derecho a la defensa de una persona acusada en un proceso criminal. Es así como podemos rastrear e identificar —en la Ilustración— ciertos elementos y garantías que el derecho a la defensa tiene hoy, como son:

- i). La necesidad de que las solemnidades de los juicios sean determinadas por la ley, esto es, las formalidades del proceso o debido proceso.
- ii). La obligatoriedad de que una persona acusada cuente con la asistencia de un defensor que pueda auxiliarlo en la labor defensiva.
- iii). Que la persona acusada sea informada de los cargos de manera debida y oportuna.
- iv). Proporcionar todos los medios posibles de defensa.
- v). Conceder un plazo para preparar la defensa.
- vi). Regular la forma en que las pruebas deben valorarse.

Nos parece que los elementos ya identificados *ut supra*, constituyen una parte fundamental del derecho a la defensa, y si bien sus confines han ido perfeccionándose y mejorando en los diversos sistemas de justicia penal con el paso del tiempo, podemos colegir que hoy el núcleo fuerte del derecho a la defensa puede encontrar su punto de partida —conforme a nuestra tradición jurídica—, en el pensamiento ilustrado.

Al abundar en autores como Filangieri, en el sentido de señalar que suministrando el valor de las pruebas y las formalidades del juicio o proceso, paralelamente, es posible suministrar a las personas acusadas —*lato sensu*— la base para que puedan deducir su defensa, es decir, los pilares que parecen soportar el andamiaje del derecho a la defensa como son el debido proceso y los principios que deben regir la actividad probatoria.

Por lo que respecta a la actividad probatoria, se encuentra basada en lo que hoy conocemos como derecho a la prueba, y se trata de una extensión, precisamente, del derecho a la defensa, en tanto que no hay mejor manera de defenderse que alegando, probando e impugnando, según lo veremos en el siguiente capítulo.

Por ahora, sólo diremos que para desarrollar la defensa alegando, probando e impugnando, es necesario una serie de elementos y requisitos como la debida notificación o información de los cargos, que exista un defensor con conocimientos técnicos, y que la defensa se desarrolle en una instancia en donde se encuentra reconocido el debido proceso.

El pensamiento ilustrado repercute de manera considerable y positiva en el diseño del proceso criminal y en diversos derechos y garantías como el de la defensa, pues poco a poco logra que los derechos humanos de las personas acusadas sean respetados a lo largo del proceso, al mismo tiempo que se establecen ciertas garantías para la consecución de los fines del proceso criminal, siendo ese movimiento que trasciende hasta lo que hoy identificamos como garantismo penal.

1.2.2. Garantismo penal y pensamiento ilustrado vigente en el derecho a la defensa

Como ya se adelantó, la Ilustración intentó —y en parte logró transformar— la moral, la política y el derecho como en ninguna otra época se había hecho, trascendiendo sus aportaciones a temas fundamentales como los que se abordan en este trabajo, esto es, los derechos humanos y el garantismo penal.

Ferrajoli señala que el derecho penal que se ha sido desarrollado en los ordenamientos jurídicos, constituye el producto de un pensamiento mayormente moderno, incluso, los principios que dan sustento a su modelo garantista clásico son, en mayor medida, producto del pensamiento ilustrado y liberal (2004: 33). Esto nos parece significativo porque se relaciona con los fines del sistema de justicia penal que se instauró con motivo de la reforma constitucional de 2008 en nuestro país, donde el parlamentario buscó instaurar un sistema de justicia mayormente garantista —que permitiera dejar atrás uno considerado mayormente “inquisitivo”—. Esto nos permite considerar que nuestro sistema de justicia penal y el derecho a la defensa, ha sido objeto de una configuración con una doble fragua ideológica: la de la Ilustración y la del garantismo penal. Esto no significa que el derecho a la defensa no continúe

siendo moldeado, sólo deseamos destacar es que esas ideologías han tenido una importante repercusión para entender la forma en que se encuentran configurados los derechos a la defensa y a la prueba, maximizada esta última con la aportación de su concepción racional.

Y si bien se dice que en las bases de nuestra legislación penal hubo influencia de la legislación española y del positivismo jurídico de la época en que se expide, no se niega la presencia del pensamiento liberal e ilustrado, pues en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre Delitos del Fuero Común y para toda la República sobre Delitos contra la Federación de 1871—el denominado *Código de Martínez de Castro*—, se asumió la ideología liberal que había quedado plasmada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del Hombre, lo cual se podía verificar si se acude a los trabajos legislativos de aquel cuerpo legislativo (Díaz, 2004: 14).

En relación al garantismo penal, nos parece importante analizar lo que señala Ferrajoli, pues de esta manera se podrá entender de qué manera esta ideología impacta en la configuración del derecho a la defensa. Así, para nuestro autor en cita, *garantismo*, significa:

[La] tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aun contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador del derecho penal: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad de las prohibiciones y de los castigos, la defensa de los débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado y por consiguiente la garantía de su libertad mediante el respeto también de su verdad (Ferrajoli, 2004: 335).

Ferrajoli considera que el nivel de garantismo de los modelos de justicia penal, se pueden medir en el respeto a la vigencia las garantías penales y procesales, pues al ser interdependientes, la falta de una supone la eliminación o disminución notable de otras, lo que redundaría en un decreciente garantismo y en un creciente autoritarismo del modelo (2004: 104). Esto resulta interesante para las consideraciones que realizaremos sobre la relevancia del derecho a la defensa en el proceso penal, pues podemos estar ciertos que su limitación o anulación genera un proceso con tintes más autoritarios que garantistas, que es el que se supone debe imperar en un Estado democrático de derecho.

Así, en la ideología garantista de Ferrajoli, se tiene que un modelo de proceso penal autoritario puede existir, entre otros motivos, porque la prueba y defensa no sean reconocidas en el mismo, pues ello conlleva la sustracción de los principios relativos a la carga de la prueba y la defensa, lo cual repercute —notable y esencialmente—, para las actividades relacionadas con la verificación de la acusación y refutación probatoria que pueda desarrollar la defensa, ambas en su doble aspecto, es decir, verificación y refutabilidad en abstracto y en concreto de las hipótesis fácticas (2004: 104).

En este sentido, nos parece que la verificación o refutación probatoria de la defensa, no sólo se circunscribe a la de la acusación, sino que el cuadro completo también tiene que considerar la comprobación de una propia hipótesis alternativa de inocencia. La verificación y refutación mediante la prueba de alguna hipótesis fáctica, es esencial en todo modelo de justicia penal, y su ausencia implicará que nos encontremos ante un garantismo simulado o uno disminuido. Incluso, podríamos tener el caso de que se cuente con la oportunidad o derecho a argumentar, pero no el de verificar o refutar mediante la prueba, por lo que el resultado seguiría siendo el mismo, un garantismo disminuido, si no es que anulado (Ferrajoli, 2004: 98).

Si esto es así, entonces debemos tener en cuenta que el derecho a la prueba, como extensión del derecho a la defensa, constituye un elemento esencial para todo sistema de justicia que presuma de serlo. Esta aseveración nos permite identificar que el derecho a la prueba constituye un elemento esencial, tanto en el pensamiento ilustrado como en el garantismo penal, para el derecho a la defensa.

Destacamos como lo hace Ferrajoli, que el análisis de la justificación del derecho penal le corresponde al pensamiento filosófico, pudiendo identificarse en tres rubros:

- 1). La justificación en general del derecho a castigar, esto es, de la pena;
- 2). La justificación de las opciones para establecer los presupuestos de la pena, es decir, los hechos calificados como delito; y,
- 3). La justificación de las formas y procedimientos de investigación de los delitos y de aplicación de las penas, esto es, del proceso penal (2004: 211).

A su vez, cada una de estas cuestiones son seccionadas mediante las cuatro interrogantes que plantea el jurista italiano, las cuales tiene que ver con el sí, el por qué, el cuándo y el cómo de la intervención penal, de donde derivan las diez cuestiones que sustentan la justificación del derecho penal, a saber:

A1.- <i>Nulla poena sine crime</i>	Principio retribucionista;
A2.- <i>Nullum crime sine lege</i>	Principio de legalidad
A3.- <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate</i>	Principio de necesidad
A4.- <i>Nulla necessitas sine iniuria</i>	Principio de lesividad
A5.- <i>Nulla iniuria sine actione</i>	Principio de exteriorización
A6.- <i>Nulla actio sine culpa</i>	Principio de responsabilidad
A7.- <i>Nulla culpa sine audicio</i>	Principio de jurisdiccionalidad
A8.- <i>Nulla audicium sine accusatione</i>	Principio acusatorio
A9.- <i>Nulla accusatio sine probatione</i>	Principio de verificación o carga de la prueba
A10.- <i>Nulla probatione sine defensione</i>	Principio de defensa, contradicción o refutación

Los once términos que Ferrajoli emplea para formular sus principios son: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa. Cada uno de estos términos, a excepción del primero, constituye una condición necesaria para la atribución de la pena y de la responsabilidad dentro del modelo de derecho penal garantista (2004: 91).

Con base en los términos aludidos, Ferrajoli, se ocupa de establecer *axiomas garantistas* que expresan proposiciones prescriptivas determinantes de las condiciones en que se deben cumplir, en apego a sus principios normativos internos, es decir, se trata de implicaciones deónticas, normativas o de deber ser, cuya unión da vida a modelos con diversos grados de garantismo penal. Cada uno de los axiomas que componen todo el modelo de derecho penal, enuncia una garantía jurídica —o condición *sine qua non*— para establecer la responsabilidad penal y la aplicación de la pena (Ferrajoli, 2004: 93).

En este sentido, delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad constituyen requisitos o condiciones penales que se identificaran como garantías penales, mientras que juicio, acusación, prueba y defensa implican condiciones o requisitos procesales que se conocen como garantías procesales (Ferrajoli, 2004: 93).

El sistema garantista penal que alude Ferrajoli, nunca se puede satisfacer por completo, pues se trata de un modelo límite, sólo tendencial. Dentro de los grados de garantismo penal, se parte de un *grado máximo* en el que se incluyen diez axiomas, que a su vez, integran los once términos aludidos. Estos axiomas o principios son fundamentales y no derivables entre sí, y son considerados como axiomas clásicos del derecho penal liberal que son expresados en la tradición escolástica.

El contenido de los diez principios de los siglos XVII y XVIII, fueron concebidos como principios políticos, morales o naturales para limitar el poder penal absoluto, y que han sido —más o menos íntegra y rigurosamente— incorporados en las constituciones y codificaciones, convirtiéndose en principios jurídicos del moderno Estado de derecho (Ferrajoli, 2004: 93).

Los axiomas A1, A2 y A3 responden a las preguntas, y expresan las garantías relativas al delito, mientras que los axiomas A4, A5 y A6 responden a las preguntas *cuándo* y *cómo prohibir*, y expresan las garantías relativa al delito. Finalmente, los axiomas A7, A8, A9 y A10 responden a las preguntas *cuándo* y *cómo juzgar*, y expresan las garantías relativas al proceso (Ferrajoli, 2004: 93). Así, la defensa, en tanto garantía procesal, se circunscribe en el punto A10, que resulta fundamental para responder las preguntas sobre *cuándo* y *cómo juzgar*.

En este punto de la presente investigación, ya podemos advertir el papel fundamental que tiene la defensa en un modelo de justicia penal garantista, y vislumbramos que sus fundamentos teórico-modernos son producto del pensamiento ilustrado que apelo a la razón para limitar el poder penal absoluto del Estado, fundamentos que en cierta forma han sido incorporados en constituciones y codificaciones, al grado que hoy siguen siendo la base del moderno Estado de derecho (Ferrajoli, 2004: 93).

No se desconoce que, en la idea de Ferrajoli, esas preguntas se encuentran conectadas entre sí de diversos modos (2004: 211). Nuestro interés, dado el tema central de esta investigación, se circunscribe hacia el proceso penal donde tiene desarrollo y vigencia el derecho a la defensa, por lo que nos resulta de especial interés las siguientes cuatro preguntas: i). *Si juzgar*; ii). *Por qué juzgar*; iii). *Cuándo juzgar*; y, iv). *Cómo juzgar*.

La respuesta que se dé a estas cuatro interrogantes, puede estar sustentada en diversas teorías o pensamiento jurídico-filosóficos; no obstante, lo que queremos destacar ahora, es la influencia del pensamiento ilustrado en las doctrinas relacionadas con los derechos fundamentales en el proceso penal, como lo es el garantismo penal.

Es así que se afirma el contenido del pensamiento ilustrado para el garantismo penal y, éste a su vez, también asume la ideología de la importancia que tiene el derecho a la defensa y a la prueba. Si bien hoy pareciera que el derecho a la defensa tiene ya una base normativa más o menos sólida —por lo que pudiera considerarse superado el tema analizado—, lo cierto es que hay tópicos relacionados con la defensa que no dejan de ser polémicos, y en mucha gente la tentación de limitarlos o anularlos puede ser más o menos preocupante, lo que se suele justificarse en un falso o simulado argumento.

Los tópicos a que hacemos referencia son: i). La necesidad de un defensor técnico que pueda hacer frente, en condiciones de igualdad, a la capacidad de la acusación; ii). La necesidad de un defensor con autonomía e independencia; iii) La igualdad de facultades probatorias entre acusación y defensa; iv). La necesidad de que la defensa intervenga en todos los actos probatorios en cualquier momento procesal; v). El derecho a la prueba; vi). La adecuada comprobación de hipótesis fácticas por la defensa; vii). La privacidad de comunicaciones entre acusado y su defensor, y viii). El derecho a una entrevista previa, privada y segura entre la defensa y el acusado.

En todos esos temas es conveniente voltear la mirada a los orígenes e ideas que aportó el pensamiento ilustrado, y con la antorcha de la razón, dotarles de sentido y contenido para asegurar su pertinencia garantista, corrigiendo cualquier desviación que se pretenda en el derecho a la defensa, y de esta manera asegurar un sistema de justicia penal acorde a los cánones que deben regir un Estado democrático de derecho.

CAPÍTULO SEGUNDO

DERECHO A LA DEFENSA Y A LA PRUEBA. CONCEPTOS, FUNDAMENTOS Y CONTENIDOS

2.1. El derecho a la defensa

En diversas áreas del conocimiento jurídico —doctrinal, procesal, jurisprudencial— se suele realizar argumentos genéricos en los que se alude violaciones al derecho a la defensa; sin embargo, pocas veces se invocan las razones concretas por las que se afirma la afectación a tal derecho.

Por nuestra parte, tenemos la idea de que es obligatorio concretar en cualquier alegato o argumento que aluda la afectación del derecho a la defensa, las razones de la vulneración por determinado acto de la autoridad o alguna de las partes procesales, y determinar tanto la gravedad de su afectación como sus consecuencia, que pueden ser diversas atendiendo a su gravedad.

Consideramos necesario preguntarnos entonces lo que sigue: *¿cuándo se afecta el derecho fundamental a la defensa adecuada en un procedimiento penal?*

Para responder esta pregunta, debemos considerar otras cuestiones derivadas de aquella: ¿qué es el derecho fundamental a la defensa?; ¿cuándo una defensa es técnica, efectiva y adecuada?; ¿cuáles son los elementos que integran el derecho fundamental a la defensa adecuada?; ¿cuál es el contenido de los elementos que conforman el derecho fundamental a la defensa adecuada?; ¿cuáles son las garantías necesarias para asegurar el derecho fundamental a la defensa adecuada en un proceso penal?

La respuesta que se dé a esos ítems, permitirá responder la cuestión principal, al tiempo de identificar si alguno de los elementos que integran el derecho a la defensa adquiere prioridad respecto a los otros. A su vez, el que un elemento tenga cierta prioridad sobre algún otro, no significa que los otros sean prescindibles para integrar aquel derecho a la defensa, sino que, en todo caso, sólo nos obligaría a ofrecer mejores razones para justificar ese análisis prioritario.

En este tenor, comenzamos este capítulo analizando el concepto y naturaleza jurídica del derecho a la defensa, precisando sus elementos y su contenido. Luego, nos ocuparemos de las garantías del derecho a la defensa, para estar en condiciones epistémicas de saber cuándo se afecta ese derecho en un procedimiento penal.

2.1.1. Concepto y naturaleza jurídica del derecho a la defensa

Algo que parece innegable en un Estado democrático de derecho, es la enorme relevancia de los derechos humanos en la sociedad (Luban, 2013). En nuestro país, con motivo de la reforma constitucional de 2008, y sobre todo de la subsiguiente de 2011 en cuestión de derechos humanos, se gestó uno de los cambios más importantes en el orden jurídico nacional, con la adopción de un modelo que maximiza el respeto por los derechos humanos en los ámbitos público y privado.

En nuestra tradición jurídica el uso de los conceptos como derechos humanos, derechos fundamentales y garantías individuales, parecía indistinto; sin embargo, uno de los tantos cambios que trajo consigo la modificación de 2011 fue la adopción del término “derechos humanos”. Se dice que este cambio pretendió enfatizar su naturaleza y diferencia con el aspecto estatal, pues al Estado sólo le corresponde reconocer y proteger los derechos a través de la positivización y establecimiento de garantías, de ahí que actualmente nuestra CPEUM denomine al Capítulo I, “De los Derechos Humanos y sus garantías”.

Así, en el proceso legislativo se adopta el concepto que es utilizado en el derecho comparado, derecho internacional, derecho humanitario y, mayormente, en la doctrina. Fue la Organización de las Naciones Unidas (ONU), a través de la Asamblea General, a través de su resolución 546/(VI), la que determinó cambiar el nombre de la Declaración Universal de los

Derechos del Hombre, por Declaración Universal de los Derechos Humanos (Rojas, 2015: 293).

Entonces, podemos ir visualizando la diferencia entre un derecho humano y una garantía, pues en nuestra tradición jurídica se tenía arraigado el uso del término “garantías individuales”, lo que, a decir de Ariel Rojas Caballero, se debe a la influencia que en nuestra cultura jurídica tuvieron fundamentalmente las siguientes obras jurídicas:

1) *La Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789*, pues en su artículo XVI indicaba que aquella sociedad que no tuviera “garantizados” los Derechos del Hombre y fijada la separación de poderes no tenía la Constitución;

2) *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el Estado actual de la sociedad* (París, 1822) que se tradujo el año siguiente por Lorenzo de Zavala, y se convirtió en guía de los políticos de la época; y,

3) *Théorie des garanties constitutionnelles* (Paris, 1838) (Rojas, 2015: 295).

En nuestro ordenamiento primario, el uso de la expresión “garantía individual” pareció circunscribirse o ser equivalente al de derecho humano, por lo que adopta la expresión “garantías individuales” a partir de los siguientes instrumentos:

1.- Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano, del 18 de diciembre de 1822, artículos 9 y 10.

2.- Proyecto de Constitución de 1842 (Arts. 7, 5 y tercera base).

3.- Acta Constitutiva y de Reformas de 1847 (art. 5).

4.- Estatuto Orgánico Provisional de la República de 1856 (Título de la sección quinta y art. 30).

5.- Constitución de la Republica Mexicana de 1857 (art. 1).

6.- Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865 (denominación del Título XV y artículo 58).

7.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (Rojas, 2015: 295).

Las garantías, como afirma Gerardo Pisarello (2007: 111), constituyen “mecanismos o técnicas predispuestas para la protección” de los derechos, por lo que desde su punto de vista y, según el sujeto a quien se faculta el mecanismo de protección, se suele diferenciar entre garantías institucionales —mecanismos desarrollados por el poder público y que suelen ser semi políticas, jurisdiccionales y semi jurisdiccional— y garantías extra-institucionales —mecanismos desarrollados para el resguardo de los derechos se coloca en manos del propio titular del derecho—. Estas aseveraciones nos hacen preguntarnos si la oportunidad que tiene una persona para defenderse de los señalamientos o acusaciones que se hacen en el proceso penal, constituye una garantía o un derecho.

En relación a los derechos humanos, hemos visto su importante vinculación con la democracia. Su relevancia es evidente en tanto emergen como verdaderas barreras para las autoridades, y su finalidad es poner límites a los entes estatales para evitar que abusen de sus funciones o atribuciones públicas en el momento en que decidan ejercerlas ante la ciudadanía.

La ONU señala que los derechos humanos

son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier condición [...] [t]odos tenemos los mismos derechos humanos, sin distinción alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles (ONU, 2020).

Para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH, 2020), se trata de un “conjunto de prerrogativas establecidas en el orden jurídico nacional e internacional que se sustentan en la dignidad humana, cuya realización efectiva, resulta indispensable para el desarrollo integral de la persona”.

El estudioso Pedro Nikken apunta lo que sigue alrededor de estos derechos:

La sociedad contemporánea reconoce que todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar

y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer, son los que hoy conocemos como derechos humanos (Nikken, 1994: 1).

De su lado, Henry Shue señala que “un derecho moral proporciona (1) la base racional para exigir justificadamente (2) que el disfrute de una cuestión sustantiva (3) quede socialmente garantizada contra amenazas habituales” (Luban, 2013: 219). Este concepto es interesante al mismo tiempo que polémico en cuanto a que utiliza la expresión “derecho moral” en lugar de “derecho fundamental”, como lo observa la referencia de David Luban (2013).

Por cuanto hace al concepto de “derecho fundamental”, se dice que son aquellos derechos humanos establecidos en las Constitucionales y Tratados Internacionales, es decir, aquellos derechos que han sido positivados en alguno de esos instrumentos, pues es el procedimiento de positivación lo que da a un derecho humano su cualidad de fundamental.

También hay quien señala que un derecho es fundamental porque es universalmente atribuido a todo el mundo (Ferrajoli, 2016: 213). En el caso de la defensa, conlleva que todas las personas físicas o morales, nacionales o extranjeras, tienen el derecho a defenderse (Gimeno, 2015: 278).

La Organización de las Naciones Unidas refiere alrededor de este aspecto:

En algunas ocasiones se ha puesto en tela de juicio la universalidad de los derechos humanos con el argumento de que son un concepto occidental, parte de una actitud neocolonial que se propaga por todo el mundo. Un estudio publicado por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) en 19681 mostró claramente que las aspiraciones profundas que subyacen en los derechos humanos corresponden a conceptos —los conceptos de justicia, integridad y dignidad de la persona, la ausencia de opresión y persecución, y la participación en los empeños colectivos— que aparecen en todas las civilizaciones y en todas las épocas [...] Hoy en día, la universalidad de los derechos humanos queda de manifiesto por el hecho de que la mayoría de los países, pertenecientes al abanico completo de tradiciones culturales, religiosas y políticas, han adoptado y ratificado

los principales instrumentos internacionales de derechos humanos (DHMP, 2016: 22).

Debemos atender entonces algunas características de lo que se identifica como garantía individual, derecho humano y derecho fundamental, y abordar la naturaleza jurídica del derecho a la defensa. En el ámbito del proceso judicial del orden penal, nos interesa ubicarnos en la triangulación procesal que acontece entre Juez, Fiscalía y Defensa: por un lado, la parte que señala, investiga, imputa o acusa a una persona de haber intervenido en la comisión de un hecho que se considera delictivo —con la salvedad de que en algunas ocasiones, esta parte, se complementa con alguna persona que es ofendida o víctima del hecho delictivo—, y por otro lado, la que es señalada, investigada, imputada, acusada o sentenciada por la comisión de un hecho delictivo, y ambas se presentan ante un tercero imparcial.

La parte que nos importa abordar, es la parte señalada, investigada, imputada, acusada o sentenciada por haber intervenido en la comisión de un hecho que se considera delictivo, pues esta es la persona titular del derecho a la defensa. En este sentido, debemos diferenciar entre la persona que es señalada, imputada o acusada en un procedimiento penal, y aquella otra persona que eventualmente se encarga de defenderla.

La persona que es señalada, imputada o acusada, cuenta con el derecho a defenderse de esos señalamientos, investigaciones, imputaciones, acusaciones o sentencias de las que es objeto. Esta defensa la puede desplegar por sí misma, mediante otra persona que debe tener la calidad de Licenciado en derecho o abogado titulado, sea público o privado, y que puede desarrollar la defensa mediante las dos vías, esto es, por el mismo justiciable o por el profesional del derecho. De esta manera, es factible diferenciar entre la persona que es titular de la defensa y aquella otra que, sin tener esa titularidad, asume el de órgano de defensa —defensor privado o público—, lo que nos lleva a establecer una diferencias más, esto es, la potestad de “ejercer” la defensa, la cual puede ser ejercida por su titular o, bien, por el órgano técnico de defensa, lo que nos lleva a reconocer el carácter dual de la defensa, pues si bien la titularidad de la misma es unitaria en tanto únicamente es del justiciable, también lo es que su ejercicio es dual, porque se puede desarrollar en una doble vía, es decir, a través del mismo justiciable o del letrado.

Hecha la diferencia entre la persona titular del derecho a la defensa y el ejercicio mismo del derecho, ahora señalaremos algunos conceptos sobre ese derecho. A decir de Vicente Gimeno Sendra, se trata de

un derecho fundamental de todo investigado a acceder al proceso penal, tan pronto como se le atribuya la comisión de un hecho punible, y a designar, en él, a un Abogado de su confianza o a reclamar la intervención de uno de oficio para efectuar ambos, defensor y patrocinado, los actos de alegación, prueba e impugnación que estimen necesarios en puntos a hacer valer, con eficacia, el derecho fundamental a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por haber sido condenado se presume inocente (Gimeno, 2015).

Ferrajoli considera al factor contradictorio como un punto central del derecho a la defensa, pues señala que la defensa “es el más importante instrumento de impulso y de control método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes” (2004: 613).

Por su parte, Faustino Gutiérrez-Alviz, señala que el derecho a la defensa

[...] se concibe como un derecho de rango fundamental, atribuido a las partes de todo proceso y para ser respetado por el tribunal que conoce del mismo, que consiste básicamente en la necesidad de que estas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan debatir sobre todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución (Gutiérrez-Alviz, 2012).

El autor aludido, precisa algunas características esenciales en su concepto, las cuales, como ya dijimos, pueden rastrearse en el pensamiento ilustrado.

Raúl Cárdenas Rioseco señala que la garantía de audiencia y el derecho a la defensa no son equivalentes, pero se les llega a identificar en la doctrina como si lo fuesen (2009: 2 y 7),

lo que resulta importante porque en realidad la oportunidad de otorgar la audiencia para alegar, probar e impugnar, constituye un elemento esencial a dicho derecho. El mismo autor, indica que el derecho a la defensa, además de ser un derecho público subjetivo,

[...] constituye también una exigencia esencial en la estructura del proceso, ya que éste no puede concebirse sin la defensa, en virtud que deben contradecirse dialécticamente con las hipótesis de la acusación con sus correspondientes pruebas, otorgando a la defensa, los mismos derechos y facultades que a la acusación, es decir, resguardar efectivamente el equilibrio procesal entre las partes contendientes (Cárdenas, 2009: 8).

Otro concepto interesante por su completitud, es el que expone Juan Montero Aroca, quien concibe al derecho a la defensa, como la mayoría de los autores, de contenido fundamental, perteneciente a todas las partes —pues se le asume aplicable a todas las materias—, que consiste “en la necesidad de que estas sean oídas, en el sentido de que puedan alegar y demostrar para conformar la resolución judicial, y en que conozcan y puedan alegar rebatir sobre todos los materiales de hecho y derecho que puedan influir en la resolución judicial” (Gutiérrez-Alviz, 2012).

Así, parece complicado negar que la naturaleza jurídica de la actividad defensiva que desarrolla una persona que es señalada, investigada, imputada, procesada, acusada o sentenciada en un procedimiento penal, por un hecho delictivo, es la de un derecho fundamental, no sólo por ser universal y tener las demás cualidades que se han aludido, sino porque además, se encuentra reconocido en diversas normas fundamentales nacionales e internacionales.

De acuerdo a nuestra tradición jurídica, el derecho a la defensa parece tener como punto de inicio, el pensamiento ilustrado. Gaetano Filangieri consideraba que para que una persona acusada pudiera deducir su defensa, era necesaria una debida regulación tanto de las formalidades del juicio como de la actividad probatoria (2018: 828), lo que parece indicar la importancia y fuerte relación, en sus orígenes, entre debido proceso, derecho a la defensa y el derecho a la prueba en la Ilustración. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 7 contempla, como parte del debido proceso, el derecho a la

defensa (Alvarado, 2006: 132). En 1780 se expide la Declaración de Derechos de Massachussets, que en su artículo 12 se refiere al derecho a la defensa, que se puede ejercer directamente por el acusado o por su defensor al indicar que “se le escuche suficientemente en su propia defensa a él o a su abogado, cualquiera que sea la opción que prefiera”.

Más allá de la crítica que se hace al derecho a un proceso con todas las garantías —también conocido como juicio con todos los derechos, juicio justo o debido proceso—, en el sentido de que parece habersele asignado la función de “cajón de sastre” porque se dice que en él tienen cabida “todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no puedan ser subsumidos” en otros derechos (Gimeno, 2015: 117), lo cierto es que en sus orígenes el derecho a la defensa tuvo cabida en él. Si bien hoy el derecho a la defensa tiene una regulación explícita y autónoma, no puede negarse que sigue considerado como una actividad esencial del derecho o juicio justo, tal y como nos lo hacen notar autores como Gimeno Sendra (2015: 291). Esta idea la soporta a partir del caso *Van Geyseghem* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mientras que Alvarado Velloso (2006: 288 y 290) indica que no hay debido proceso si se restringe el derecho a la defensa.

Entre los derechos al debido proceso y la defensa, existe una notable interdependencia y difícilmente existirá el uno sin el otro, cuestión que ha sido advertida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH) en la Opinión Consultiva OC-9/87 de octubre de 1987, y en dos casos de 2001 y 2012 (Caso Perú, 2001 y Caso República Dominicana, 2012), al indicar que el debido proceso constituye un “conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos” (Caso Perú, 2001). Asimismo, no se puede hablar de debido proceso sin la presencia del derecho a la defensa, y tampoco se puede hablar de derecho a la defensa sin la debida regulación de las formalidades esenciales del proceso en el que debe desarrollarse y puede alcanzar su efectividad y plenitud.

De acuerdo a lo analizando, se puede ver que la actividad que desarrolla una persona para defenderse de los señalamientos, imputaciones o acusaciones que se hacen en su contra en un procedimiento penal, constituye un derecho natural (Bentham, 1843: 8, y Casonius en Cárdenas, 2009: 120) que ha sido reconocido y positivizado como derecho constitucional en

diversas leyes fundamentales que rigen en nuestro país —Constitución Política, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 1966) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 1969)—, y que, como tal, hemos visto tiene la cualidad de ser universal (Ferrajoli, 2013).

Esto bien podría ser suficiente para colegir que nos encontramos ante un genuino derecho fundamental y que, por lo tanto, es tal su naturaleza jurídica. Empero, debemos tener en cuenta que la defensa, además de ser un derecho fundamental, es, a su vez, una garantía, tanto en el ámbito procesal como en el sustantivo. De esta manera, se debe considerar que la naturaleza jurídica de la defensa es dual, es decir, (1) como derecho fundamental y (2) como garantía procesal.

A mayor abundamiento sobre la naturaleza jurídica dual del derecho a la defensa, en tanto que constituye tanto un derecho subjetivo para la persona que es señalada, imputada, acusada o sentenciada en el ámbito de un procedimiento penal, al mismo tiempo que no puede dejar de considerársele como actividad o parte esencial del procedimiento penal (Vélez, s/a: 145 y 147), lo cual es relativamente fácil de advertir cuando en la mayoría de los ordenamientos jurídicos se señala que una persona no puede ser privada de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio previo.

Si al proceso penal le incumben decisiones relacionadas con la declaración de existencia o no de un delito, responsabilidad penal e individualización judicial de la pena —entendida en sentido general—, entonces también le incumbe decisiones sobre la determinación judicial de los hechos que, eventualmente, pueden cumplir con ciertos requisitos normativos para declarar que existe un delito, hacer responsable a la persona acusada y establecer el *quantum de la poene*. La comprobación que se debe hacer es sobre la verdad de las hipótesis fácticas de las partes, fundamental a aquellos efectos, y debe realizarse conforme a las formalidades esenciales del proceso, entre las cuales se encuentra, precisamente, el contradictorio que se debe suscitar entre la actividad de acusar y la actividad de defender. Es así que la actividad desarrollada por la defensa en el procedimiento penal, resulta esencial para los fines que persigue, entre los que se encuentra el esclarecimiento de los hechos o, dicho en otras palabras, la verdad. Más adelante opinaremos si la actividad de la defensa se dirige o no a la

obtención de la verdad; por ahora, asumiremos que la defensa también constituye una garantía para el proceso, además de serlo para los demás derechos del justiciable, al constituir un mecanismo para asegurar un mejor y válido conocimiento sobre los hechos que aseguren la sanción del culpable material y la absolución del inocente real (Vélez, s/a: 148).

La idea de la defensa como garantía, es referida por Ferrajoli cuando señala que dicha garantía representa, refiriéndose a la defensa,

el único banco de pruebas de la credibilidad de la acusación, así que su ausencia, para aquellos que no pueden permitirse una defensa adecuada, le quita legitimidad moral y política a todo el proceso, imprime un carácter clasista y discriminatorio a la justicia penal y altera la estructura trídica del procedimiento acusatorio al excluir de la dialéctica procesal uno de los tres actores del proceso (Ferrajoli, 2013: 213).

Ferrajoli señala que la defensa constituye un requisito fundamental para responder a las interrogantes sobre cuándo juzgar y, sobre todo, cómo juzgar (2004: 537), y emerge como un mecanismo para poder establecer la verdad, lo que coincide con lo que han sostenido autores como Giulio Ubertis (2017: 57 y 58) y Piero Calamandrei (Gutiérrez-Alviz, 2012: 19), en el sentido de que la dialéctica procesal que se desarrolla ante el tercero imparcial, se materializa mediante el principio de contradicción, a través de la contraposición dialéctica de las partes, porque al hacerse oír, pueden controvertir los alegatos y pruebas de su contraparte, siendo este principio una característica y garantía del proceso justo o juicio con todos los derechos, ya que es fundamental para alcanzar una decisión justa porque —como veremos más adelante— la verdad que se debe alcanzar sobre las hipótesis fácticas constituye una condición necesaria para que la decisión sea justa, y el mejor método para alcanzarla es, se insiste, mediante el contradictorio.

De esta manera, nos podemos dar cuenta que en la dialéctica procesal, la actividad que la defensa desarrolla, en tanto parte del contradictorio, emerge como un mecanismo para garantizar un mejor conocimiento sobre la verdad. Francisco Carrara señala que la tutela de los intereses relativos a sancionar al verdadero culpable, por un lado, y absolver al verdadero inocente por el otro, exige que en el proceso acontezca la actuación simultánea de quien acusa

y de quien es acusado, pues si sólo actuara una de las partes, ello sería desafortunado para conocer la verdad (Vélez, s/a: 148).

Lo apuntado nos lleva a considerar que entre las reglas esenciales del proceso, para la comprobación de los enunciados que describen los hechos, se encuentra el derecho a la prueba (Ubertis, 2017: 124), entendido al mismo como una extensión del derecho a la defensa pues, como nos informa Jordi Ferrer Beltrán,

el ciudadano tiene derecho a probar que se han producido, o no, los hechos a los que el derecho vincula consecuencias jurídicas. Sólo de este modo puede garantizarse una correcta aplicación del derecho y [...] una adecuada seguridad jurídica (Ferrer, 2003: 28).

Con base a lo enunciado, podemos considerar seriamente que la defensa emerge como una garantía en el procedimiento penal, tanto para los fines de éste como para garantizar la defensa de los demás derechos del justiciable.

Carlos Carnicer identifica a la defensa como el derecho a tener derechos [porque constituye] el guardián y la garantía de ejercicio de todos los restantes derechos [al grado de que] sin abogados no hay defensa técnica, sin defensa técnica no hay justicia, y sin justicia, no puede sobrevivir el Estado de derecho (Gutiérrez-Alviz, 2012: 94).

Si esto es así, entonces tendríamos que considerar que el derecho a la defensa constituye una garantía para la realización de todos los demás derechos en un proceso judicial pero, a su vez, el defensor también emerge como una garantía misma (Ferrajoli, 2013: 213).

Entonces, se puede visualizar una naturaleza jurídica dual de la defensa en el procedimiento penal, esto es, como derecho y como garantía. En cualquier caso, consideramos que el derecho a la defensa y a la prueba, se ven maximizados si se les visualiza conforme a un modelo racional de la prueba, según veremos más adelante, pues antes debemos determinar cuáles son los elementos que integran el derecho a la defensa, así como su contenido general de cada uno de sus elementos.

2.1.2. Fundamento jurídico del derecho a la defensa

Para identificar los fundamentos jurídicos del derecho a la defensa, haremos una referencia primaria con su regulación a partir de la Constitución Política de nuestro país, y en tal sentido se tiene que el artículo 20, apartado A, fracción V y apartado B, fracciones IV, VI y VIII, refieren aquel derecho en los siguientes términos:

Artículo 20. [...]

Apartado A. De los principios generales:

[...]

V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente;

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

[...]

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello

sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

[...]

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y [...] (CPEUM, 2021)

En cuanto a la defensa pública o también llamada de oficio, la misma cuenta con una regulación especial en el artículo 17 de nuestra CPEUM, y en la fracción VII, del apartado B del artículo 20:

Artículo 17. [...]

La Federación y las entidades federativas garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

[...]

Artículo 20.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos

los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y [...] (CPEUM, 2021).

Por supuesto que el derecho a la defensa también se encuentra reconocido en el ámbito convencional, tanto como parte del *hard law* como del *soft law*, importando referir ahora sólo los primeros instrumentos, dejando el análisis de los segundos para el último capítulo.

Los artículos 10 y 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, 1948) se refieren al derecho a ser oído en un juicio con todos los derechos para su defensa:

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

Artículo 11.

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (DUDH, 1948).

Como sabemos, nuestro país ha suscrito y ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que debemos considerar el artículo 14 en sus puntos 3:

Artículo 14.

[...]

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (PIDCP, 1966).

Forma parte de nuestro orden jurídico la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual regula el derecho a la defensa en el artículo 8.2:

Artículo 8. Garantías Judiciales

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (CADH, 1969).

2.1.3. Contenido del derecho a la defensa

En relación al contenido del derecho a la defensa, Vélez Mariconde indica que debe estar integrado, necesariamente, por una serie de poderes jurídicos que, además de ser disciplinados por la ley, difícilmente se pueden dejar de contemplar los siguientes aspectos:

[...] intervenir en el proceso incoado en su contra, a fin de conocer los hechos que se le atribuyen, las pruebas de cargo y las razones que lo afectan; el declarar libremente con relación al hecho que se le atribuye; el de ofrecer pruebas pertinentes al mismo; para demostrar su inocencia o cualquier circunstancia favorable; el de exponer las razones que a su criterio le asistan (alegar) para obtener una decisión jurisdiccional favorable (que declare total o parcialmente ilegítimo el proceso, o que carecen de fundamento las pretensiones ejercidas en su contra, o que admita alguna circunstancia favorable o una calificación legal más benigna a la propugnada por el acusador); y finalmente, el derecho de defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente y asista (Vélez, s/a)

Ahora, debemos ponderar los antecedentes históricos, concepto y naturaleza jurídica de este derecho, así como función que cumple en un procedimiento penal. En relación a la función del derecho a la defensa, debemos tener en cuenta que toda persona señalada, imputada, investigada, procesada, acusada o sentenciada por haber cometido un hecho delictivo, debe tener la oportunidad para desarrollar, en términos generales, cualquiera de las siguientes actividades en cualquier etapa procedimental:

- a). Refutar —toda o parte— o probar —la falsedad total o parcial— una hipótesis inculpativa.
- b). Probar una versión de hechos que sostiene su inocencia o que busca atenuar la responsabilidad.
- c). Defender cualquier afectación a sus derechos fundamentales en el procedimiento penal.

Cualquiera de las actividades antes aludida, por lo general, tienen como fin:

(1) constar la existencia de una causa que excluya el delito (*vid.* Gimeno, 2015: 278, y Vélez, s/a:146) o responsabilidad penal —causa de atipicidad, causa de justificación o causa de inculpativa—, causa que excluya la sanción —excusa absolutoria—, causa que extinga acción penal —prescripción de la acción penal—, causa de sobreseimiento, la no intervención del justiciable en los hechos o una causa que atenué la responsabilidad penal; o bien,

(2) desarrollar la defensa de cualquier derecho del justiciables.

Esto es así porque en palabras de Ubertis, no puede negarse el “nexo dialéctico que existe entre la *quaestio facti* y la *quaestio iuris*, en tanto que el hecho en el proceso no es pensado y expresado en forma aislada según su verdad sino, más bien, en relación a una norma jurídica” (2017: 64 y 65), lo que implica que para actualizar el supuesto de hecho o antecedente de la norma penal, se deben comprobar los hechos relevantes del proceso penal, esto es, aquellos que conforman la hipótesis fáctica de la defensa.

En este contexto, consideramos que el derecho fundamental a la defensa debe tener, los siguientes elementos, que en su conjunto serían necesarios y suficientes para afirmar su existencia en un sistema de justicia penal que debe regir en un Estado democrático de Derecho.

1). Dualidad del derecho a la defensa:

El análisis de este elemento requiere identificar la titularidad del derecho a la defensa en el procedimiento penal, para lo cual consideramos pertinente plantear y responder las siguientes preguntas: a) ¿Quién o quiénes tienen la titularidad del derecho fundamental a la defensa, y b) ¿Quién o quiénes ejercen el derecho fundamental a la defensa?

En relación a la primera pregunta, parece existir cierta claridad de que la titularidad de ese derecho, en tanto que su naturaleza jurídica es la de un derecho, la tiene el justiciable, pues dada su naturaleza jurídica de derecho fundamental, le surge desde que es señalado, investigado, imputado, procesado, acusado, sentenciado o privado de su libertad con motivo de un hecho delictivo, mientras que al defensor le nace legitimación para ejercer los actos de defensa cuando el justiciable lo designa, en algún momento procesal, como su defensor y hace saber al juez, en términos de la ley adjetiva, su aceptación del cargo conferido.

Así, la respuesta a la segunda pregunta sería en el sentido de que el ejercicio del derecho fundamental a la defensa es dual, pues lo *puede* ejercer su titular mediante lo que se conoce como autodefensa —defensa material— pero, de igual manera, lo *debe* ejercer el defensor con motivo de su designación y aceptación como órgano técnico de defensa —defensa formal.

En este sentido, Vélez Mariconde, señala que el derecho a la defensa comprende tanto la defensa material como la defensa formal (s/a:147).

a). Autodefensa

Las preguntas relativas a (1) ¿En qué consiste la autodefensa?, (2) ¿Qué características debe tener la autodefensa? y (3) ¿Por qué son importantes esas características?, se explican así:

La primera respuesta es que se trata de una potestad que tiene el justiciable para poder desarrollar su defensa de manera directa alegando, probando, impugnando o guardando silencio. En cuanto a la segunda pregunta, diremos que las características de la autodefensa son: (a) potestativa, en tanto se trata de un derecho que puede decidir ejercer o no; (b) debe gozar de autonomía e independencia; (c) debe tener la oportunidad de ser asesorado técnicamente. Estas características son importantes porque aseguran una mejor y máxima defensa para el justiciable, pues tiene la libertad para poder elegir el momento, la forma y medios para poder defenderse.

b). Asistencia letrada o técnica

En relación a la asistencia letrada, consideramos las siguientes preguntas: (1)¿En qué consiste la asistencia letrada?, (2)¿Qué características, requisitos o cualidades debe tener el letrado para afirmar que es técnica?, (3)¿Para qué se requiere que la asistencia letrada sea técnica?, (4)¿Cuándo la asistencia letrada es efectiva? y (5)¿Para qué se requiere que la asistencia letrada sea efectiva?

En relación a la primera interrogante, la asistencia letrada es aquella que proporciona un licenciado en derecho o abogado titulado, es decir, que formal y materialmente constituya un órgano técnico defensa. Vimos que desde la Ilustración se buscó que una persona con conocimientos técnicos pueda desarrollarla de manera adecuada. Si bien la titularidad del derecho a defenderse la tiene la persona que ha sido señalada, investigada, imputada, procesada, acusada o sentenciada por la comisión de un hecho que se considera delictivo, también lo es que, para considerar que es técnica o hay asistencia letrada, es necesario que una persona que tenga los conocimientos técnicos y jurídicos pueda brindar la asesoría, auxilio y representación en la etapa procedimental correspondiente al justiciable, o bien pueda desarrollar de manera directa los actos de defensa, pues dicha asistencia sería imprescindible para que el contradictorio se ejecute de manera óptima, pues se requiere de esos conocimientos especializados.

Vemos que la defensa tiene un carácter dual, pues puede ser desarrollada tanto por el titular del derecho como por el órgano técnico. La asistencia del letrado se hace aún más necesaria, en los casos de las personas que tienen que llevar su proceso en prisión preventiva, pues esta circunstancia genera una restricción del derecho a la libertad, y por ello adquieren la calidad de grupo vulnerable como veremos más adelante, lo que dificulta que sean ellos quienes puedan contribuir desde afuera a realizar sus actos de defensa. Por supuesto, la asistencia del letrado requiere de una mayor especialización para la defensa de personas que pertenecen a pueblos o comunidades indígenas o cuando se trata de adolescentes.

Por supuesto que la simple presencia de un letrado no puede ser suficiente por sí sola, pues debemos considerar que se requiere de su “asistencia” y no de una mera “presencia”, por lo que se requiere, a los efectos de evitar una indefensión, que exista una actuación efectiva (Gutiérrez-Alviz, 2012: 69).

Es indispensable que existan ciertas características para poder hablar de una genuina defensa técnica y adecuada, como por ejemplo: (a) es obligatoria, pues, a diferencia de la auto-defensa potestativa su ejercicio, se requiere de la asistencia letrada como exigencia del debido proceso; también es necesario que (b) que el órgano de defensa tenga conocimientos técnicos, propios de su profesión y área donde desarrollase su labor defensiva; (c) que sea efectiva, pues no basta tener a un defensor; (d) independiente; (e) autónoma; (f) igualdad procesal o paridad de armas, por lo menos, con respecto al órgano que acusa.

La razón de lo apuntado, es asegurar una mejor y máxima protección a los intereses del justiciable a través de la libertad y oportunidad para conferirle una mejor defensa a través de alegatos, actividad probatoria, interponiendo medios de impugnación o proporcionando consejos jurídicos, siempre teniendo alguna de las finalidades ya precisadas.

2) Derecho a ser informado o notificado de los cargos y acceder en forma oportuna y plena a la información que sustenta los cargos:

El que se informe, a la persona señalada, investigada, imputada, procesada, acusada y sentenciada, de manera oportuna, completa y bajo las formalidades establecidas en el orden jurídico que rige el procedimiento penal, los cargos que pesan en contra de ella, resulta fundamental para que el titular o su órgano técnico puedan iniciar las acciones que consideren idóneas para la defensa. Sin una oportuna notificación de los cargos, no podrán desarrollarse acciones dirigidas a alegar, probar o impugnar; similar circunstancia acontecería en los casos en que la notificación de cargos fuera incompleta, es decir, que no se le informara sobre la totalidad de hechos, delitos, elementos de prueba o acusaciones por los que es señalado, investigado, imputado, acusado o sentenciado determinado sujeto.

Debe existir entonces una oportuna y completa notificación de los cargos en cuanto a los hechos, la prueba y los delitos, pero además, que se haga bajo las formalidades establecidas en la norma jurídica que disciplina dicho acto procesal. Por supuesto, este elemento requiere de otros requisitos para hacerlo más robusto, los cuales se analizarán como mayor detenimiento en el capítulo 4 de este trabajo.

3). El principio de contradictorio:

Consideramos que la oportunidad de realizar el contradictorio, es fundamental para que el derecho fundamental a la defensa pueda ser realizable, pues se dice que el fundamento de ese

derecho no es otro sino —como lo sostiene Gimeno Sendra, “el propio principio de contradicción, el cual resulta ser consustancial a la idea del proceso” (Gutiérrez-Alviz, 2012: 31). El principio contradictorio, en el caso de la defensa, debe realizarse para cualquier aspecto que implique o se pretenda tomar en consideración para emitir cualquier tipo de decisión que pueda tener alguna incidencia, directa o indirecta, a la esfera jurídica del justiciable; *id est*, se debe poder contradecir las alegaciones, la prueba—entendida *lato sensu*— o ejercer la impugnación.

4). El derecho a alegar (derecho a ser oído y vencido):

Tanto el titular del derecho a la defensa como su órgano técnico deben tener la oportunidad para poder realizar cualquier tipo de argumento, por supuesto siempre respetuoso, en cualquiera etapa del procedimiento penal que consideren adecuado a sus intereses. Este tipo de argumentos, por lo general, se suele dimensionar a aspectos jurídicos o facticos. Los primeros tendrían lugar en cuestiones relacionadas con reglas jurídico procesales, normas sustantivas penales, interpretación jurídica, argumentación jurídica, ponderación de principios, mientras que los argumentos en materia de hechos, se suele centrar en aspectos relacionados con aspectos que implican las actividades relativas a conformar el acervo probatorio que sustentase una decisión judicial, su valoración —individual y conjunta—, construcción de inferencia probatorias, satisfacción de estándares probatorios, es decir, una argumentación fáctica o especializada en materia de hechos.

Como podemos darnos cuenta, el derecho alegar implica todas las cuestiones jurídicas y fácticas que sean importantes en el proceso y cualquier decisión judicial, y se debe asegurar que se desarrolle en un espacio procesal o instancia en la que se tengan aseguradas las garantías del debido proceso.

5). El derecho a la prueba:

El derecho a la prueba constituye una extensión del diverso derecho a la defensa, en tanto que se dice que la mejor manera de defenderse es probando. Entre los modelos sustentados en la libre valoración probatoria, el racional-epistemológico es el que mejor maximiza ese derecho a la prueba y, por tanto, el de la defensa, pues cada uno de los elementos que componen dichos derechos, se ven potencializados bajo la concepción racional de la prueba,

mientras que con modelos persuasivos o psicologistas de la prueba, esos elementos se ven acotados en diversos de sus componentes.

El derecho a la defensa se integra con los siguientes elementos:

- a) El derecho a realizar actos de investigación tendentes a recabar información;
- b) Derecho a utilizar todas las pruebas que se dispongan para probar la verdad de las afirmaciones referentes a los hechos de la defensa o a desvirtuar los de la parte que incrimina;
- c) Derecho a que las pruebas que se ofrezca sean practicadas;
- d) Derecho a que las pruebas prácticas sean valoradas racionalmente;
- e) Derecho a que las resoluciones sean motivadas, tanto en el aspecto factico-probatorio como normativo (Ferrer, 2007: 54 y ss.).

6). El derecho a impugnar:

Eduardo J. Couture, define la impugnación como “el poder y actividad de atacar, tachar o refutar un acto del proceso judicial, un documento, una declaración testimonial, un dictamen de peritos, etc., para obtener su revocación o invalidación” (Clariá, 1982: 276).

A su vez, Jorge Clariá Olmedo, señala que la impugnación procesal, en esencia, “es la referencia que se hace al ataque o refutación de un acto del proceso judicial, emanado tanto del tribunal como de las partes” (1982: 276).

Parte esencial del derecho a la defensa es, a su vez, el derecho a impugnar cualquier acto procesal del órgano decisor o de las partes, a efecto de obtener su revocación, anulación, invalidez, modificación, regularización o subsanación alguna omisión. El derecho a la impugnación debe ser amplio, es decir, poseer un examen integral de todas las consideraciones relacionadas con aspectos jurídicos y probatorios del acto impugnado.

Ahora, debemos cuestionarnos: ¿cuándo se afecta el derecho a la defensa en un procedimiento penal? Se afecta cuando se limita o anula los derechos a alegar, a probar o a impugnar porque con ello no se podría ejercer el contradictorio para probar o alegar en favor de una hipótesis fáctica que sostiene la inocencia o que atenúa la culpabilidad, o las que afectan cualquier parte del espectro de los derechos del titular del derecho a la defensa. Por supuesto,

también afecta cuando se limita o anula la capacidad para que el titular o el órgano de defensa puedan ejercer cualquiera de las anteriores actividades aludidas.

En el caso del derecho a una oportuna y completa notificación de los cargos y acceso al expediente respectivo, en tanto requisito para poder desarrollar la defensa, tenemos que si de alguna manera se negara o restringiera a la defensa de tales aspectos, implicaría la afectación a la oportunidad para poder conocer cierta información para preparar o desarrollar la defensa alegando, probando o impugnando. Otro ejemplo podría ser la falta de una comunicación previa y privada entre el justiciable y su defensor, pues esto implica una falta de condiciones que impedirá, preparar y desarrollar una adecuada comunicación para realizar alegatos, ofrecimiento o práctica de medios de pruebas o interponer medios de impugnación.

Esto mismo acontecería si falta una notificación o es inadecuada por no ser con el tiempo suficiente, si se impide una comunicación entre defendido y defensor, se impide realizar el contrainterrogatorio, ofrecer medios de prueba, practicar las admitidas, si el descubrimiento probatorio no se hace o se hace fuera de los plazos y formalidades establecidas, etc.

Debemos tener en cuenta que las afectaciones pueden en acontecer en cualquier etapa del procedimiento penal o, incluso, antes del inicio del mismo. Nos referimos a aquellos casos en que se limita o anula el derecho a la defensa antes de la detención, durante la detención, o durante la puesta a disposición de la autoridad.

Pongamos como ejemplo, en el supuesto de que el derecho a la defensa se puede afectar antes de que dé inicio el procedimiento penal, el caso en el que no se le informaran al justiciable los motivos de la detención, o se impidió que el detenido tuviera contacto con su defensor; en estos casos, la persona detenida no tendrá la oportunidad para desarrollar su defensa a través de su abogado, alegando su inocencia, aportando actos de investigación para acreditar su inocencia o poder impugnar cualquier acto que afecte sus derechos. En el caso de que se limite o anule el contacto entre detenido y defensor, difícilmente el defensor podrá impugnar en la vía de Amparo Indirecto o ante el Juez de Control la incomunicación técnica, la violación al derecho a una inmediata puesta a disposición o actos de tortura.

Por otro lado, si la policía no informa al detenido o la información que le proporciona es limitada o errada sobre el derecho a contar, comunicarse o tener contacto con un abogado (Summers, 2020), se le mantiene incomunicado, no se le permite recabar material probatorio

para acreditar la inocencia de la persona detenida, etc., la consecuencia se puede materializar en la pérdida de evidencia importante para alegar o probar su inocencia, imposibilidad para aportar evidencia que lo incrimine, al no contar con una debida asesoría, incluso, al verse incomunicado, puede generar cierto estado de ánimo que le genere miedo o coacción para portar información perjudicial a su persona.

2.2. El derecho a la prueba

El derecho a la prueba resulta muy significativo para el derecho a la defensa, y en general para el proceso judicial, pues el acaecimiento de un hecho en la realidad empírica, es lo que posibilita que se pueda dar inicio a un procedimiento penal judicial, en el momento en que dicho evento es colocado en la esfera cognitiva del juez a través de una serie de enunciados que las partes elaboran para describirlo y exponerlo, ya que es ese el momento en que las partes le hacen saber sus respectivas hipótesis fácticas.

Los enunciados fácticos serán el objeto de la prueba a lo largo del proceso judicial, ya que se deberá verificar si son o no verdaderos para construir la hipótesis fáctica que puede ser subsumible a la norma jurídica, y resolver si son o no aplicables sus consecuencias jurídicas.

En los diversos ordenamientos y sistemas jurídicos, a decir de Michele Taruffo (2009: 21), se encuentra la idea de que la función de la prueba es determinar la verdad de los enunciados que describen hechos. Entonces las partes tienen la necesidad de echar mano a la institución de la prueba, si quieren llevar su caso a buen puerto. En el caso de la defensa, como ya dijimos, se procurará refutar o probar que la hipótesis inculpativa de la fiscalía es falsa o, bien, tratará de probar una versión fáctica alternativa de inocencia o que atenúe la responsabilidad. En estos casos, y cualquier otro, será necesario comprobar hechos, y estos se hacen a través de la actividad probatoria, pues como veremos más adelante, lo que se prueba en el proceso es la verdad —entendida como correspondencia— o falsedad de los enunciados que describen hechos relevantes.

Retomando el pensamiento Bentham y Filangieri, hacían mucho énfasis en la necesidad de hacer una correcta regulación de la actividad probatoria en el proceso, pues sostenían que al determinar el valor de las pruebas y las formalidades del proceso, se ofrecía la forma en que la defensa podía desarrollarse; nos recuerda Filangieri:

Determinando el valor de las pruebas [racionalmente] legales, y el orden y las solemnidades de los juicios, suministra al mismo tiempo al acusado los motivos de donde ha de deducir su defensa. Lo que toca al legislador es establecer, no los argumentos, sino el *modo* de la defensa (Filangieri, 2018: 828).

De la anterior cita, tenemos:

i). Determinar el orden y solemnidades de los juicios. Esto hoy tendría su equivalencia a lo que conocemos como “debido proceso”, “juicio justo” o “juicios con todos los derechos”, lo que constituye una garantía, porque se trata del espacio procesal o instancia en la que se debe desarrollar el derecho a la defensa; de ahí que también constituye una garantía necesaria para asegurar un desarrollo adecuado del derecho a la defensa.

ii). Determinar el valor de las pruebas legales. Sobre este punto, se deben tener en consideración dos precisiones. La primera relacionada con la necesidad de precisar el valor de las pruebas, y si bien Filangieri se refiere a “pruebas legales”, debemos destacarnos la importancia que le da a la actividad probatoria como una buena manera para poder determinar la defensa en un proceso criminal, en específico, la actividad que tiene que ver con la valoración de la prueba. Consideramos que esta afirmación se debe contextualizar, *in genere*, con toda la actividad probatoria que se desarrolla a lo largo del proceso penal, por lo que para poder generar condiciones de una adecuada defensa, es necesaria una debida regulación de dicha actividad. Filangieri, plasma la idea de que la determinación de la actividad probatoria en la ley, constituye una condición necesaria para que la persona acusada pueda derivar una defensa; en otras palabras, se genera una relación entre el derecho a la defensa y la actividad probatoria con lo que, nos parece, la fragua de la Ilustración marca el derecho a la prueba como parte esencial del derecho a la defensa.

La segunda consideración, se relaciona con el hecho de que esa actividad probatoria debe partir de una concepción racional de la prueba, dado que es la mejor manera de asegurar y maximizar no sólo el derecho a la prueba, sino también el derecho a la defensa. Incluso en la concepción garantista de Ferrajoli, la actividad probatoria resulta fundamental:

Para que la contienda se desarrolle legalmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar que la defensa esté

dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes de la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y de las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos (Ferrajoli, 2004: 614).

Así las cosas, un análisis racional del derecho a la prueba requiere examinar dos aspectos que consideramos esenciales en la encomienda de establecer el sentido, contenido y límites de este derecho. Es necesario determinar cuál es el contenido del derecho a la prueba, y a su vez, establecer qué tipo de concepción de la prueba es el que debe regir dicho derecho: por un lado la concepción psicologista de la prueba, y del otro lado la concepción racional de la prueba. Cualquier concepción que se elija, tiene repercusiones importantes en los derechos a alegar, probar e impugnar, de ahí la necesidad de analizar y justificar cuál de estos dos modelos puede maximizar de mejor manera el derecho a la defensa y a la prueba.

Un elemento esencial del derecho a la defensa, desde el pensamiento ilustrado y garantismo penal, tiene que ver con la actividad probatoria, en otras palabras, el derecho a la prueba. Si esto es así, entonces tendríamos que el derecho a la defensa tiene implícito, entre otros, un fin epistémico —en contraposición a la concepción persuasiva de la prueba que busca el convencimiento del órgano decisor—, a saber, conocer si las hipótesis fácticas planteadas por las partes en un proceso penal son o no verdaderas. Esto, a su vez, es compatible con la mayoría de los sistemas jurídicos que otorgan a la prueba la función de establecer la verdad o falsedad de enunciados que describen hechos.

En el caso del proceso penal acusatorio de nuestro país, podemos ver que uno de sus objetivos principales tiene que ver con el esclarecimiento de los hechos, *id est*, la verdad. Esto nos lleva a reafirmar que la actividad probatoria que la defensa desarrolle a lo largo del procedimiento penal, y en general de cualquiera de las partes, es fundamental al momento de diseñar la estrategia de defensa, pues se debe dirigir a comprobar la verdad de sus planteamientos fácticos como presupuestos necesarios para actualizar, por ejemplo, una causa que excluya el delito, la responsabilidad penal, extinga la acción penal, actualice una excusa absolutoria, o bien, atenúe la responsabilidad penal.

Entonces, la prueba se conecta, necesariamente, con la verdad que debe conocerse sobre la existencia o no de los hechos, como condición necesaria para poder establecer decisiones justas, pero también, para que el derecho cumpla su función orientadora o motivadora de las conductas de los gobernados, todo lo cual muestra lo importante que resulta la actividad probatoria de las partes, al grado de identificarse como un derecho fundamental.

2.2.1. El fundamento del derecho a la prueba

En la Constitución mexicana, se reconoce el derecho a la prueba, y en el caso de la defensa, en forma expresa en el artículo 20, apartado A, fracción IX, y apartado B, fracciones IV y V:

Artículo 20.

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

[...]

IV. Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

V. [...]

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

VI. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirsele declaración o entrevistarle. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir

de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa (CPEUM, 2021).

Asimismo, el derecho a la prueba se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 20 de nuestra CPEUM, al disciplinar el principio de contradicción, y disponer que este principio deba regir en el proceso penal acusatorio, cuyo reconocimiento es fundamental en la configuración de los derechos a la defensa y a la prueba, según veremos más adelante. Asimismo, el apartado A, fracción IX del mismo dispositivo primario, regula, como principio general dentro de un proceso penal, lo que se conoce como *regla de exclusión probatoria*, señalando que cualquier prueba obtenida en violación de derechos fundamentales será nula, lo que implica, a *contrario sensu*, que aquellas pruebas que se obtengan en respeto de los derechos fundamentales son válidas y, por ende, las partes pueden hacer uso de ellas.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

De los principios generales:

[...]

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

[...]

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa [...]

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la prueba se encuentra reconocido el artículo 8.2, f), donde se alude el “derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de

otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.”, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce en el numeral 14.3, e), que el acusado tiene el derecho a “...interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo”.

Nos damos cuenta que estos instrumentos Convencionales, tienen similar regulación en el artículo 6.3, d) de la Convención Europea de Derechos Humanos, y donde la regulación de la dimensión objetiva del derecho a la prueba parece circunscribirse a la prueba testifical; sin embargo, tal dimensión ha sido interpretada—al igual que se ha determinado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, en la sentencia del caso *Bönisch v. Austria*, párrafo 29, de fecha 6 de mayo de 1985 (Ubertis, 2017: 125) en el sentido de referirse a todo tipo de pruebas.

En efecto, el derecho a la prueba parece circunscribirse a que el justiciable pueda ejercer la contradicción sobre las pruebas de la contraparte mediante el interrogatorio a los testigos de cargo, así como al ofrecimiento, admisión y práctica del testimonio de sus testigos o peritos; sin embargo, debemos recordar que la Corte-IDH ha sentenciado que el artículo 8.2 del PIDCP establece “garantías mínimas” que deben asegurarse a toda persona a lo largo del proceso (*vid.* Caso Barbados, 2009), lo que implica que “...la Corte presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal” (Caso Perú, 2004) y “...la Convención no impide que los Estados Adopten medidas adicionales a aquellas reconocidas en el artículo 8.2”, pues se debe tener en cuenta la “...extensión *pro persona* por obra de ordenamientos nacionales o internacionales y de interpretación judicial (Caso Barbados, 2009)”.

La jurisprudencia de la Corte-IDH, ha sido generosa en cuanto al derecho a la prueba, como parte del derecho a la defensa, pues se han emitido diversos criterios sobre este tópico. En el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay* (Caso Paraguay, 2005), se resolvió: “De igual forma, la Corte Interamericana ha señalado que el inculcado tiene derecho, con el objeto de ejercer su defensa”, a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, así como el de “hacer comparecer a personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

De igual manera, tenemos el caso *Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú* (Caso Perú, 2005), en donde se sostuvo que “...dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”.

Asimismo, en el *Caso Lori Berenson Mejía vs Perú* (Caso Perú, 2004), se resolvió que “La Corte Interamericana ha señalado, como lo ha hecho la Corte Europea, que el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa”, mientras que el diverso *Caso Norín Catrimán y otros vs Chile* (Caso Chile, 2014), se indica que el inciso f), del artículo 8.2 de la CADH reconoce la “garantía mínima” del “derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos”.

Otro caso que enfatiza en el derecho a la prueba, es el *Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala* (Caso Guatemala, 2012), en el que se resolvió:

Además, El Tribunal recuerda que, de conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las [...] en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos. Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación. Sin embargo, la búsqueda efectiva de la verdad corresponde al Estado, y no depende de la iniciativa procesal de la víctima, o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios (Caso Guatemala, 2012).

En el *Caso González Medina y familiares vs República Dominicana* (Caso República Dominicana, 2012), se estableció:

El Tribunal recuerda que, de conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho de las [...] de participar en

todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, *aportar pruebas*, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus derechos. Dicha participación deberá tener como finalidad el *acceso* a la *justicia*, el conocimiento de la *verdad* de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación. En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana (Caso República Dominicana, 2012).

En el caso emblemático para nuestro país, *Caso Radilla Pacheco vs México* (Caso México, 2009), se dijo:

De conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar que, en todas las etapas de los respectivos procesos, las [...] puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, *aportar pruebas*, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses. Dicha participación deberá tener como finalidad el *acceso* a la *justicia*, el conocimiento de la *verdad* de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación. En tal sentido, la Corte ha establecido que la ley interna debe organizar el proceso respectivo de conformidad con la Convención Americana. La obligación estatal de adecuar la legislación interna a las disposiciones convencionales comprende el texto constitucional y todas las disposiciones jurídicas de carácter secundario o reglamentario, de tal forma que pueda traducirse en la efectiva aplicación práctica de los estándares de protección de los derechos humanos.

En cuanto al Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), el derecho a la prueba se encuentra regulado en los siguientes numerales:

[...]

Artículo 113. Derechos del Imputado

El imputado tendrá los siguientes derechos:

[...]

IX. A que se le reciban los medios pertinentes de prueba que ofrezca, concediéndosele el tiempo necesario para tal efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite y que no pueda presentar directamente, en términos de lo establecido por este Código;

[...]

Artículo 117. Obligaciones del Defensor

Son obligaciones del Defensor:

[...]

VI. Recabar y ofrecer los medios de prueba necesarios para la defensa;

[...]

Artículo 126. Entrevista con otras personas

Si antes de una audiencia, con motivo de su preparación, el Defensor tuviera necesidad de entrevistar a una persona o interviniente del procedimiento que se niega a recibirlo, podrá solicitar el auxilio judicial, explicándole las razones por las que se hace necesaria la entrevista. El Órgano jurisdiccional, en caso de considerar fundada la solicitud, expedirá la orden para que dicha persona sea entrevistada por el Defensor en el lugar y tiempo que aquélla establezca o el propio Órgano jurisdiccional determine. Esta autorización no se concederá en aquellos casos en que, a solicitud del Ministerio Público, el Órgano jurisdiccional estime que la víctima o los testigos deben estar sujetos a protocolos especiales de protección.

[...]

Artículo 129. Deber de objetividad y debida diligencia

[...]

Durante la investigación, tanto el imputado como su Defensor, así como la víctima o el ofendido, podrán solicitar al Ministerio Público todos aquellos actos de investigación que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los

hechos. El Ministerio Público dentro del plazo de tres días resolverá sobre dicha solicitud. Para tal efecto, podrá disponer que se lleven a cabo las diligencias que se estimen conducentes para efectos de la investigación.

[...]

Artículo 262. Derecho a ofrecer medios de prueba

Las partes tendrán el derecho de ofrecer medios de prueba para sostener sus planteamientos en los términos previstos en este Código.

[...]

Artículo 314. Incorporación de datos y medios de prueba en el plazo constitucional o su ampliación

El imputado o su Defensor podrán, durante el plazo constitucional o su ampliación, presentar los datos de prueba que consideren necesarios ante el Juez de control.

[...]

Artículo 340. Actuación del imputado en la fase escrita de la etapa intermedia

Dentro de los diez días siguientes a que fenezca el plazo para la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido, el acusado o su Defensor, mediante escrito dirigido al Juez de control, podrán:

[...]

II. Ofrecer los medios de prueba que pretenda se desahoguen en el juicio;

[...]

Artículo 395. Orden de recepción de las pruebas en la audiencia de juicio

[...]

Cada parte determinará el orden en que desahogará sus medios de prueba. Corresponde recibir primero los medios de prueba admitidos al Ministerio Público, posteriormente los de la víctima u ofendido del delito y finalmente los de la defensa [...] (CNPP, 2014).

En relación al derecho a la prueba en el recurso de apelación, el CNPP señala:

Artículo 484. Prueba

Podrán ofrecerse medios de prueba cuando el recurso se fundamente en un defecto del proceso y se discuta la forma en que fue llevado a cabo un acto, en contraposición a lo señalado en las actuaciones, en el acta o registros del debate, o en la sentencia.

También es admisible la prueba propuesta por el imputado o en su favor, incluso relacionada con la determinación de los hechos que se discuten, cuando sea indispensable para sustentar el agravio que se formula.

Las partes podrán ofrecer medio de prueba esencial para resolver el fondo del reclamo, sólo cuando tengan el carácter de superveniente (CNPP, 2014).

2.2.2. Concepto y contenido del derecho a la prueba

Abordaremos ahora —y *ut infra* más a detalle— dos cuestiones importantes para introyectar el sentido del derecho a la prueba, y son: (1) el significado de prueba y (2) qué significa probar enunciados que describen hechos. Taruffo indica que la libertad probatoria de las partes procesales, es lo que sustenta en el derecho a la prueba, entendido como el “...derecho a utilizar cualquier medio de prueba disponible que resulte útil para la determinación de los hechos...” (Taruffo, 2009: 357). Podemos ver que la idea sustancial del derecho a la prueba, para las partes, radica en “...demostrar la verdad de los hechos en los que funda su pretensión...” (Taruffo en Ferrer, 2003: 28).

En similar sentido, podemos ver que en autores como Giulio Ubertis (2017: 124-125), el derecho a la prueba presenta una dimensión subjetiva y otra objetiva; la primer dimensión implica que tal derecho se encuentra establecido a favor de todas las partes de un proceso penal, es decir, defensa, acusación y asesoría jurídica, mientras que en su dimensión objetiva, se refiere a todo tipo de experimento del que pueden valerse las partes para obtener conocimiento, es decir, es plausible valerse de cualquier medio de prueba.

Debemos apuntar que el derecho a la prueba no es ilimitado; para Taruffo, la libertad probatoria posee límites porque debe resultar “pertinente” a los efectos de la comprobación

judicial de alguna hipótesis fáctica. En similar sentido, tenemos que Picó I Junoy, refiere que el derecho a la prueba es “aquél que posee el litigante, consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios para formar la convicción del órgano jurisdiccional acerca de lo discutido en el proceso” (Cárdenas, 2009: 101, y Abel, 2012: 35).

Nos parece importante destacar dos aspectos; el primero de ellos, tiene que ver con la aseveración de que la prueba busca formar la convicción del juzgador, pues con ello, Picó I Junoy parece enfocarse más a un modelo persuasivo de la prueba, lo cual, en cierta medida y como veremos en el capítulo siguiente, minimiza el derecho a la prueba, y por ese y otros motivos no lo consideramos adecuado para potencializar el derecho a la prueba.

El segundo aspecto a destacar, tiene que ver con el requisito de “necesariedad” de la prueba y, en este sentido, puede acontecer —como de hecho suele ocurrir— que una prueba sea pertinente para acreditar ciertos hechos, pero que ya no ser necesaria por existir sobreabundancia o no ser un hecho controvertido. Vemos entonces que la libertad de probar, como parte del derecho a la prueba, tiene límites, y estos son la pertinencia y necesidad probatoria; no obstante, ambas características pueden englobarse en el criterio de relevancia, dado que una prueba sobreabundante puede ser pertinente pero ya no necesaria y, por tanto, no resulta relevante; esto mismo también puede acontecer con el criterio de *necesidad*, porque una prueba que no sea necesaria en la determinación judicial de los hechos, no puede ser considerada relevante.

Debemos apuntar que esa libertad probatoria también encuentra límites en diversas leyes fundamentales; por ejemplo, en el artículo 20, apartado A, fracción IX de la CPEUM, se alude —la regla de exclusión probatoria por prueba ilícita— que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, mientras que la fracción I, del apartado B, del mismo numeral 20 de nuestra Carta Magna, indica que el justiciable tiene el derecho a que se le presuma inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; empero, esta declaración de culpabilidad debe sustentarse en pruebas obtenidas de manera lícita.

De esta forma, encontramos que si bien es cierto que existe un derecho fundamental a probar que ciertos enunciados que describen hechos son o no verdaderos, con base a cualquier

medio de prueba, no menos cierto es que esa libertad probatoria tiene como límites el que los elementos probatorios sean relevantes y lícitos.

En el contexto de un proceso judicial de orden penal, tenemos que al justiciable le asiste el derecho a la prueba, en tanto se trata de una extensión del diverso derecho a la defensa. Esto es así, pues se tiene el “derecho de defenderse probando” (Ubertis, 2017: 124), y consideramos que la mejor manera de entender y potencializar dicho derecho, es conceptualizándolo conforme un modelo racional-epistemológico (Taruffo, 2008: 56, y Ferrer, 2007: 54).

Por cuanto hace al contenido del derecho a la prueba, autores como Ubertis, sostienen que parece circunscribirse a tres aspectos: admisión, práctica y valoración probatoria:

[...] el derecho a la prueba implica, para quien es su titular, no sólo el derecho a la admisión de un medio de prueba relevante sobre un objeto de prueba verosímil y pertinente —al que se une, para el juez, el deber de motivar el rechazo de la prueba de la correspondiente solicitud—, sino también el derecho a su práctica efectiva en régimen de contradicción («ante el juez», en general, así como, en particular, en el proceso penal, para las fuentes de prueba personales de cargo, a los efectos del art. 111.2 primero y tercer inciso CI [Constitución Italiana], respectivamente) y a la valoración de sus resultados (Ubertis, 2017: 126).

Un punto importante se relaciona con determinar si la actividad probatoria que la defensa desarrolla en la fase de investigación —y que tiene que ver con las siguientes actividades de la defensa—, forman o no parte del derecho a la prueba: (1) propuesta de actos de investigación por parte de la defensa al Ministerio Público; (2) auxilio ministerial o judicial para practicar ciertos actos de investigación como entrevistas a testigos o peritos, inspecciones de objetos o persona, práctica de peritajes, etc.; (3) actos de investigación de la defensa que concluyen con entrevistas de testigos o peritos, recabar documentos o videos, dirigir la práctica de peritajes propios, etc.

Para Giulio Ubertis (2017), “el reconocimiento a las partes del derecho de investigación probatoria es presupuesto instrumental del pleno ejercicio del derecho a la prueba (distinto de él, por tanto)”; sin embargo, es necesario tener en consideración, sobre este aspecto, el significado del vocablo “prueba”, pues, como veremos más adelante, tiene los sentidos como

(1) actividad probatoria misma, (2) como medio de prueba y (3) como resultado y, en este sentido, tendríamos que cualquiera de los tres actos de investigación de la defensa precisados, en realidad, constituyen prueba; entonces, tendríamos que colegir que el derecho a la prueba también abarca las tres actividades probatorias aludidas y que suelen desarrollarse en la fase de investigación.

Para Jordi Ferrer (2003:27-28, y 2007: 54 y ss.), los elementos definitorios del derecho a la prueba y que le dotan de sentido en su conjunto, son los siguientes:

1) Derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos que funden la pretensión, el cual sólo puede ejercer quien es parte procesal y la limitación, como ya adelantamos, es que sean relevantes para demostrar la verdad de los hechos que soportan la pretensión. Nuestro autor en cita considera que la correcta protección supone la obligación de que los jueces admitan todas las pruebas relevantes.

2) Derecho a las pruebas practicadas en el proceso, pues no tendría sentido su admisión si no se asegura su práctica conforme a una efectiva contradicción de las partes procesales en su desahogo.

3) Derecho a una valoración racional de prueba, es decir, este elemento asegura que la admisión y práctica de los medios de prueba no sea, citando a Taruffo, “una garantía ilusoria y meramente ritualista si no se asegura el efecto de la actividad probatoria, es decir, la valoración de las pruebas por parte del juez en la decisión”. Ferrer nos indica que este elemento se puede descomponer en dos elementos diferenciables; por un lado, se exige que las pruebas admitidas y prácticas sean consideradas en la decisión para la cual se aportaron, y por otra parte, que la valoración probatoria sea racional tanto en lo individual como en su conjunto. Este elemento será analizado en lo subsecuente, de ahí que no nos hacemos cargo por ahora, de lo que nuestro autor en cita refiere a este respecto.

4) La obligación de motivar las decisiones judiciales, lo que exige ofrecer una justificación sólida sobre las razones o motivos sobre la valoración racional de las pruebas (Ferrer, 2003: 27-28).

Para Xavier Abel Lluch, el derecho a la prueba se compone de estas cuatro facultades:

1) El derecho a la proposición de los medios de prueba: cada parte tiene el derecho de proponer los medios de prueba que considere idóneos para probar sus “pretensiones”, aludiendo que no se trata de una facultad ilimitada, pues debe existir pertenencia de los medios de prueba y debe realizarse conforme a ciertas formas y tiempos.

2) El derecho a la admisión de las pruebas propuestas, que enfatiza la necesidad de que una vez que se hayan dado los medios de prueba, exista una decisión que las admita o no.

3) El derecho a la práctica de la prueba admitida, por lo que una vez que se haya admitido el medio de prueba se deberá practicar.

4) Derecho a la valoración de la prueba practicada, donde se deberán valorar con la decisión correspondiente, pues en ello radica la obligación de motivarlas (Abel, 2012: 36-37).

Hasta aquí podemos darnos cuenta que el derecho a la prueba, para la defensa, es fundamental, pues podrá probar que ciertos enunciados que describen hechos, son o no verdaderos, sobre la base de elementos probatorios que resulte relevantes y lícitos. En cuanto a la configuración o contenido del derecho a la prueba —*latu sensu*— en un procedimiento penal, por disposición expresa del orden jurídico nacional e internacional, y de acuerdo a los valores racionales y garantistas que se han aludido hasta ahora, tendría que consistir en que las personas que son señaladas, investigadas, imputadas, procesadas, acusadas o sentencias, tengan (1) el derecho a investigar y realizar o proponer todos los actos de investigación relevantes y lícitos para generar elementos probatorios, (2) ofrecer cualquier dato o medio de prueba, sin más limitación que su relevancia y licitud, (3) que sean admitidos si han sido ofrecidos en tiempo y forma, (4) que se pueda llevar a cabo la preparación para su desahogo, (5) que se practiquen o desahoguen los medios de prueba en términos de ley y, una vez hecho esto, (6) se tenga el derecho a que se valoren racionalmente por el Órgano decisor en el momento para el cual se aportaron, así como (7) el derecho a defender a través de los medios de defensa correspondientes, aquellos actos que trastoquen alguno de los elementos antes aludidos.

Si se estimase que no se permitió o auxilió para la práctica de actos de investigación para obtener medios de prueba, no se admitieron los medios de prueba, no se prepararon o practicaron de mejor correcta, o si en su caso no fueron valorados de manera racional, se tendría oportunidad de defender la prueba mediante el derecho a un recurso efectivo, por lo que ya

en segunda instancia, en vía de control *ex post*, el Tribunal de Alzada deberá verificar si el juez de instancia realizó de manera correcta las actividades probatorias que hayan motivado la impugnación, de lo contrario, es decir, si no pudieran defenderse los elementos que integran el derecho a la prueba, este no sería efectivo y se tornaría ilusorio.

El derecho a la prueba, se podría ver afectado, por ejemplo, si los elementos de juicio de alguna de las partes no fueron valorados racionalmente o no se expusieron las razones o motivos que llevaron al órgano decisor a concederles o negarles valor probatorio, pues se tiene derecho a que las pruebas que las partes hayan aportado para acreditar sus enunciados fácticos en los que soportan sus pretensiones, sean valoradas racionalmente, debiendo entonces el juzgador exponer las razones o motivos que lo llevaron a concederles o negarles determinado valor probatorio.

Como vemos, el derecho a la prueba —como extensión del derecho a la defensa— tiene bases del pensamiento ilustrado, que son retomadas y maximizadas bajo una ideología garantista. Se trata de un derecho fundamental que le asiste al justiciable, a través del cual es factible que pruebe si los enunciados que describen los hechos relevantes para el proceso penal son o no verdaderos; en otras palabras, esclarecer los hechos que sustentan sus pretensiones. Estas aseveraciones muestran la necesidad e importancia de estudiar conceptos básicos como hechos, prueba y verdad dentro del proceso judicial, lo cual nos permitirá exponer las diversas justificaciones por las que estimamos que una concepción racional de la prueba permite maximizar los derechos a la defensa y a la prueba (Ferrer, 2003: 28). Una concepción racional de la prueba resulta más compatible y mayormente garantista para la actividad que desarrolla la defensa, en cada una de las etapas procedimentales, y le puede asegurar mejores resultados, y ya no sólo para el proceso penal que busca esclarecer los hechos, al justiciable.

En subsiguientes momentos, se deben abordar diversos conceptos que resultan trascendentales para el derecho a la defensa en un proceso penal; entre otros, hechos, prueba, verdad, así como otros que derivan de aquellos, como por ejemplo concepción racional de la prueba, principio de inmediación, principio de contradicción, probabilidad inductiva o estándares probatorios, pues nos aportarán un mejor conocimiento para entender la consideración que aquí se hace, es decir, que la concepción racional de la prueba potencializa el derecho a la prueba y, por ende, el diverso derecho a la defensa.

CAPÍTULO TERCERO

UNA CONCEPCIÓN RACIONAL DE LA PRUEBA. UN MODELO PARA POTENCIAR LOS DERECHOS A LA DEFENSA Y A LA PRUEBA

3.1. Hechos y enunciados fácticos: ¿qué se prueba en el proceso judicial?

Hechos y prueba son dos de los conceptos básicos y esenciales que deben ser explorados y dominados por quienes intervienen en un proceso judicial —incluida la defensa, pues desempeñarla de manera correcta requiere del dominio de estos aspectos— e incluso fuera de él, pues para cualquier actividad que se dirija a la verificación de la existencia de hechos, no se puede prescindir de la prueba en relación con los hechos.

Es el acontecer de un hecho en la realidad empírica lo que posibilita que se pueda dar inicio a un proceso judicial, en el momento en que dicho evento es colocado en la esfera cognitiva del juez a través de una serie de enunciados que las partes elaboran para describirlo y exponerlo, cuando le hacen saber sus respectivas hipótesis fácticas. Son estos enunciados fácticos los que serán el objeto de la prueba a lo largo del proceso judicial, ya que se ocupa verificar si son o no verdaderos para construir la hipótesis fáctica que eventualmente puede ser subsumible a la norma jurídica, a los efectos de resolver si son o no aplicables sus consecuencias jurídicas.

Diversos autores han manifestado que la determinación de los hechos ha sido un tema un tanto descuidado en sede judicial; por ejemplo, Jerome Frank señala que el problema estriba no tanto en las normas jurídicas a aplicar sino, más bien, en los hechos que deben ser declarados probados, dado que constituyen el presupuesto o antecedente para la solución de los casos a través de la aplicación de la norma (Ferrer, 2005: 15, y Andrés Ibáñez, 2007: 11, 19 y 48; *vid.* González Lagier, 2013: 15).

En este sentido, Gascón Abellán hace notar que existe una tradición que considera que el conocimiento de los hechos en sede judicial es una cuestión incontrovertible, por lo que el

lema de aquella corriente podría ser: “Los hechos son los hechos y no necesitan ser argumentados” (2010: 11); no obstante, este tipo de posturas denota una excesiva confianza en el conocimiento empírico, al grado de considerar que no es necesario justificar los hechos, al estimar que “los hechos son evidentes, y lo que es evidente no necesita justificación” (*Ibid.*).

Lo cierto es que a casi ocho décadas de que Jerome Frank nos advirtiera sobre el descuido en que se tenía a la determinación de los hechos en sede judicial, pareciera que hoy sigue vigente tal aseveración, lo cual no impide reconocer que en los últimos años tal problemática ha comenzado a revertirse para retomar la importancia que merece en la escena de las decisiones judiciales (*vid.* Ferrer, 2005: 15 y 16, y González Lagier, 2013: 15); muestra de ello es la literatura especializada —cada vez más creciente— en el campo del razonamiento probatorio.

En cuanto a la noción de *hecho*, debe decirse que no existe una que sea elemental, aceptable y que pueda asumirse sin discusión, sino que más bien, se admite que no es posible establecer una definición simple y unitaria en tanto que nos encontramos frente a una noción variable y problemática (*vid.* Taruffo, 2009: 92, 93 y 117). A decir de González Lagier (2013: 16), si bien el término *hecho* es ambiguo, los juristas que desarrollan estudios relacionados con la teoría de la prueba, suelen significarlo como *evento*.

Cabe mencionar que los hechos del mundo real existen según las modalidades empíricas que resultan independientes a las construcciones conceptuales, valorativas o normativas, y pueden ser entendidos como “sucesos de ese mundo” (Taruffo, 2009: 113).

De estos sucesos se pueden desprender segmentos o parcialidades de esa realidad que suelen ser descritas mediante enunciados contruidos para ese efecto, circunstancia que nos permite mostrar que los enunciados son definidos por algún sujeto o parte procesal, a efecto de referirse a los hechos que son considerados relevantes para el proceso judicial. Esto también nos permite mostrar que los hechos no son contruidos, sino que más bien, existen o existieron en el mundo real (Taruffo, 2009: 113, 114 y 117).

Es así como podemos vislumbrar la diferencia entre los hechos que acontecen en la realidad empírica y los enunciados que se construyen para describirlos; es decir, una cosa es el hecho entendido como una ocurrencia en la realidad empírica, y otra cosa son los enunciados

que se construyen para describir esos hechos que acaecieron en esa realidad (Taruffo, 2009: 114).

Bajo esta línea argumentativa, parece claro entonces que un enunciado que refiera o describe un hecho, constituye una construcción que realiza alguno de los sujetos involucrados en el drama judicial, *v. gr.*, testigos, policía, perito, defensa o fiscal, siendo estos enunciados fácticos y no los hechos, los que constituyen el objeto de la prueba. Miranda Estrampes alude que el objeto de la prueba son las afirmaciones que las partes hacen sobre ciertos hechos (*cit. a Carnelutti, 1997: 33*).

A estas alturas del tema, ya es posible responder con bastante claridad la siguiente interrogante: *¿Qué se prueba en el proceso penal judicial?* Lo que se prueba en el proceso es la verdad —entendida como correspondencia— o falsedad de los enunciados que describen hechos relevantes.

Empero, alguien podría decir que lo verdaderamente importante en el proceso judicial, es lograr el convencimiento o persuasión del juez. Esta afirmación implicaría que en el proceso judicial la prueba no debe dirigirse a probar, sino a lograr el convencimiento del juez. Aun y cuando esto último es un tema que se relaciona directamente con el fin de la prueba, en gran medida guarda una íntima relación con la pregunta que hemos planteado; ahora lo que nos interesa es dejar aclarado que son los enunciados fácticos y los hechos, susceptibles de probarse como verdaderos o falsos (Taruffo, 2008: 19, y 2009: 117), es decir, son esos enunciados los que son susceptibles de *ser calificados* como verdaderos o falsos.

Es común que se diga que “lo que se prueba en el proceso judicial son hechos”; sin embargo, esta afirmación, a decir de Ubertis, puede ser un tanto incorrecta, por lo siguiente: aun y cuando es recurrente —y cómodo, de acuerdo a Gascón Abellán (2010: 76)— emplear la locución “prueba de un hecho”, en rigor técnico, resulta incorrecta porque un hecho no se prueba en tanto que no se puede probar *a posteriori* sino que, a lo mucho, es posible experimentarlo (*id est*, mediante la llamada prueba de reconstrucción de hechos) o constatarlo al momento en que acontece (Ubertis, 2017: 21).

En este sentido, Ubertis considera que el uso de las siguientes expresiones puede resultar incorrecto: i). “prueba de un hecho” o ii). “prueba de la verdad de los hechos”; esto, porque un hecho existe o no existe, pero no existen hechos verdaderos o falsos —en este punto,

parece existir punto de coincidencia con lo que refieren Taruffo (2009: 117) y Ferrer (2005: 70)—. En todo caso, son los enunciados que refieren o describen hechos, los que pueden ser falsos o verdaderos, de ahí que en un proceso judicial se entablen actividades probatorias en relación a enunciados fácticos. En todo caso, un hecho puede ser reconstruido con base a los enunciados fácticos que lleguen a ser probados, como veremos enseguida.

Ubertis señala que las expresiones “prueba de un hecho” o “prueba de la verdad de un hecho”, bien pueden asumirse como correctas si con ellas se abrevia la expresión correcta: “prueba de la verdad de la afirmación de existencia de un hecho” (2017: 21, y *vid.* Taruffo (2009: 119, y Ferrer, 2005: 70). Con esta breve aclaración, pretendemos desvelar que cuando llegamos a hacer uso de las expresiones “prueba de la verdad de los hechos” o “prueba de un hecho”, es a los efectos de abreviar aquella expresión.

En realidad, el juez comprende los enunciados que describen hechos y no directamente con hechos brutos (Andrés Ibáñez, 2007: 50). Esto tiene implicaciones importantes que deben ser consideradas en el procedimiento judicial: por un lado, en el proceso de conocimiento de los hechos se da una mediación o relación inseparable con el lenguaje, lo que a decir de Perfecto Andrés Ibáñez (2007: 49-50), tiene como consecuencia una gran carga de relativismo, incertidumbre y ambigüedad en todos los casos en que se da ese proceso cognoscitivo, pues las mismas peculiaridades que se presentan en los enunciados deónticos —ambigüedad, textura abierta y zonas de penumbra—, se encontrarán también presentes en los enunciados fácticos, aun y cuando su referente sea una entidad de menor abstracción como lo son hechos brutos.

Considerar que son los enunciados fácticos los que se prueban en el proceso, y que en ellos pueden incidir problemas significativos del lenguaje al formularse, interpretarse y darse por probados, es un cuestión importante que debe ser considerada en la legítima aspiración de los órganos decisores para conocer la realidad, pues están llamados a averiguar si los hechos que le son puestos de su conocimiento —de modo puntual— a través de los enunciados que los describen realmente ocurrieron, a los efectos de determinar la aplicación de una norma jurídica. Es decir, aquellos fenómenos del lenguaje pueden llegar a incidir también en la aplicación de la norma jurídica, donde no se puede negar el “nexo dialéctico que existe entre la *quaestio facti* y *quaestio iuris*, en tanto que el hecho en el proceso no es pensado y

expresado en forma aislada según su verdad sino, más bien, en relación a una norma jurídica” (Ubertis 2017: 64 y 65), como lo puede ser un tipo penal.

3.1.1. *Thema probandum* y *thema prueba*

Cabe realizar una última precisión sobre la diferencia entre los hechos y los enunciados fácticos: el hecho acaecido en la realidad suele ser seccionado en porciones de esa realidad, mismas que son expresadas o descritas mediante enunciados.

Cada enunciado puede describir un hecho o una parcialidad de él, y en cualquier caso, cada uno de ellos constituye un *thema prueba*. El conjunto de estos enunciados compone lo que se denomina *thema probandum*, el cual debe ser verificado a los efectos de posibilitar la ulterior reconstrucción del hecho (Ubertis, 2017: 51-52, 61-63).

En ese sentido, cada enunciado que describe o refiere hechos, constituye un tema u objeto de prueba, pudiendo existir diversos enunciados y, por ello, diversos objetos de la prueba. Ubertis (2017: 51) señala que en el Código de Procedimientos Penales de Italia, el *thema probandum* se encuentra precisado en el artículo 187, donde se establece que el objeto de la prueba es tanto los hechos objeto de la imputación como aquellos de los que depende la aplicación de alguna norma jurídica.

3.2. La reconstrucción de los hechos

Ya se dijo que los hechos del mundo real existen según modalidades empíricas que resultan independientes a las determinaciones conceptuales, valorativas o normativas, y que las personas suelen describir los hechos a través de enunciados que aluden segmentos de esa realidad, y que son los enunciados —y no los hechos— los que son contruidos y probados en el proceso judicial.

Considerando lo afirmado, con base a los enunciados asumidos como probados, el órgano jurisdiccional procederá a reconstruir lo acontecido. Esta reconstrucción nos muestra la trascendencia que tiene la actividad dirigida a comprobar la verdad o falsedad de las hipótesis fácticas que exponen las partes procesales (Ubertis, 2017: 53, y García Amado, 2013: 38), esto es, confrontar y verificar la correspondencia entre los enunciados fácticos de las partes

y los enunciados fácticos que se declaran probados a través de inferencias probatorias sustentadas en elementos de juicio (Ubertis, 2017: 22).

La reconstrucción del hecho, que generalmente suele llevarse a cabo al final del proceso por el órgano decisor, es representada mediante un enunciado, que también será empleado en el silogismo judicial como premisa menor, al momento de emitir su resolución para decidir si se aplican o no las consecuencias jurídicas de determinada norma jurídica. Es el uso que se le dará a ese enunciado lo que nos permite mostrar lo importante que resulta que dicho enunciado se encuentre lo más apegado a la realidad, pues incluso su aceptación por la ciudadanía depende, en gran medida, de que sea verdadero (Ubertis, 2017: 23).

La verdad del enunciado fáctico asegura que —en la misma medida— la resolución judicial sea justa (Taruffo, 2009: 84). Es precisamente la necesidad de que ese conocimiento sea lo más cercano posible a la realidad lo que patentiza la importancia de la concepción de verdad más aceptada a los efectos de la reconstrucción judicial de los hechos.

El que la hipótesis fáctica de un silogismo judicial se encuentre lo más próximo a la verdad, constituye una condición necesaria para que una resolución se pueda considerar justa (*vid.* Taruffo, 2009: 65 y 70; Ubertis, 2017: 13, y Anderson, Schum y Twining, 2015: 121). Se valora aquí lo dicho Ferrajoli, cuando afirma que una justicia penal sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad (2004: 45).

No se debe desconocer que la reconstrucción del hecho que desarrolla el órgano decisor, no se da como una mera descripción neutral de lo que ya existe al margen del operador, sino que en ese proceso de reconstrucción de hechos, el órgano decisor contribuye activamente desde adentro, lo que resulta significativo, pues conlleva toda una carga de subjetivismo en los enunciados que la describirán (*cf.* Andrés Ibáñez, 2007: 50). Esto último no puede ser de otra forma, ya que lo que observamos y expresamos con el lenguaje conlleva una carga cognoscitiva, pero, además, porque dichos enunciados pueden estar cargados de derecho (2007: 52), *id est*, los juicios de valor.

La carga de subjetivismo con la que se pueda impregnar la reconstrucción del hecho que realiza el órgano decisor, no debe ser minimizada, pues la resolución judicial se genera a razón de una conclusión que se obtiene a partir de las premisas normativa y fáctica, siendo esta última a la que le concierne el problema de la reconstrucción del hecho, y su relevancia

es, como ya vimos, fundamental para determinar qué ley es la que debe aplicarse para la solución del caso respectivo. Dada la importancia de la premisa fáctica en el razonamiento judicial, no puede negarse que la actividad probatoria relacionada con la reconstrucción de los hechos requiere de un fuerte control, y que no puede ser menor al control que se exige en la tarea interpretativa de la norma, pues sólo así se podrá asegurar la mayor cercanía de la hipótesis fáctica a la verdad y, con ello, disminuir el número de resoluciones arbitrarias.

3.2.1. Momentos importantes en la reconstrucción de los hechos

En la reconstrucción de los hechos, se advierten diversos momentos: desde la colección de los elementos de juicio, la elaboración de los enunciados que refieren hechos o parcialidades de la realidad empírica, hasta la aportación y práctica de los elementos de prueba para su ulterior valoración y obtención de grados de conocimiento, que son básicos para una efectiva reconstrucción del hecho y la posterior aceptación de la hipótesis fáctica como probada.

En este sentido, debemos tener en cuenta el *contexto de la toma de decisiones*, es decir:

- i). La conformación del conjunto de elementos probatorios que constituirán la base para la toma de decisión;
- ii). La valoración de esos elementos probatorios; y,
- iii) La toma de decisión.

En cada uno de estos elementos, las partes y órgano jurisdiccional tienen intervención; después de todo, se trata de una actividad dirigida a la reconstrucción de los hechos.

3.2.2. El rol de las partes y juez en la construcción de los hechos

Según los principios y reglas que disciplinan un sistema jurídico probatorio en el que las partes y sujetos procesales desarrollen la actividad probatoria—jueces, fiscales, defensa, peritos auxiliares, etc. —, su intervención será más o menos importante para la prueba de los enunciados que describen hechos (Ferrer, 2007: 38.) y, por ende, para reconstruir lo acontecido, a saber:

i). En el momento relativo a la conformación de los elementos de juicio, las partes elaborarán sus enunciados fácticos a través de los cuales incorporarán los hechos que consideren relevantes para acreditar sus respectivas hipótesis fácticas y sustentar sus pretensiones, lo que resulta fundamental porque ello será el objeto de la prueba a lo largo del proceso judicial. Aquí el órgano jurisdiccional no tendrá mayor intervención; sin embargo, en el proceso penal acusatorio de nuestro país, rige la *garantía de litis cerrada*, y ella obliga a que en el auto de vinculación a proceso (AVP) se fijen los hechos por los que el proceso continuará, razón por la que el órgano decisor tiene la importante función de fijar los hechos en el AVP por los que se habrá de continuar con el proceso.

ii). En la proposición de los elementos de juicio, las partes tendrán un papel fundamental, pues son las que deberán ofrecer sus respectivos medios de prueba para acreditar las hipótesis fácticas que han planteado. Asimismo, deberán cumplir con distintos requisitos para lograr su admisión, *v. gr.*, cumplir con el descubrimiento probatorio, instar la práctica de la prueba anticipada en los casos que sea procedente, respetar los derechos humanos en la obtención de sus medios de prueba, cumplir con su ofrecimiento en tiempo y forma, etc.

Las partes también tendrán la esencial labor de defender la admisión y evitar la exclusión de sus medios de prueba en la audiencia intermedia, donde el juez desempeñará un papel de notable trascendencia, al momento de resolver sobre la admisibilidad o exclusión de esos medios de prueba. Pero en el caso de la admisión o exclusión de ciertos medios de prueba, las partes podrán impugnar dicha decisión para lograr —según sea el caso— la admisión o exclusión, lo que a su vez obliga a que el órgano decisor de instancia superior asuma la también notable consigna de decidir el sentido del medio de impugnación.

iii). En la proposición, práctica y producción de los elementos de juicio, el juez puede tener —conforme al diseño del sistema jurídico probatorio en el que nos encontremos— poderes probatorios o no; por ejemplo, en el sistema normativo de nuestro país, existen algunas reglas probatorias cuando se trata del *interés superior del niño*, que obligan al órgano decisor a recabar ciertos elementos de juicio en forma oficiosa. Algo similar acontece en los casos que involucren la perspectiva de género.

iv). Al momento de la práctica de la prueba, las partes tienen un papel fundamental en los momentos que implican la producción e incorporación de la prueba. Pensemos en la importancia que tiene el sano desarrollo del principio de contradictorio para controlar o someter la refutación de la prueba de la contraparte, pues ello debiera asegurar una mejor calidad epistémica del medio de prueba, o su intervención en los interrogatorios o contrainterrogatorios a testigos y peritos. En este momento procesal, el juez también tiene un rol sustancial, pues su intervención repercutirá en la producción de la prueba y desarrollo del contradictorio y, por ello, en la calidad epistémica de la información que pueda proporcionar determinado medio de prueba.

v). Es en la valoración de la prueba donde el juez tiene una gran responsabilidad, construir las inferencias probatorias y obtener grados de conocimiento que permitan determinar si se satisface o no el estándar probatorio (EP) que se requiere en la sentencia definitiva de un proceso judicial del orden penal, esto es, el *más allá de toda duda razonable*, para declarar probada determinada hipótesis jurídica y aplicar la norma y su consecuencia jurídica.

Ahora, continuamos con otro de los temas fundamentales para la determinación judicial de los hechos en el proceso judicial, esto es, la prueba.

3.3. La prueba

El concepto de prueba es otro de los temas significativos en la determinación judicial de los hechos, y por supuesto por la defensa, e incluso, fuera de este campo de conocimiento resulta importante, porque la actividad probatoria se encuentra inmersa en cualquier actividad humana —profesional o de la vida cotidiana— que tenga que ver con la toma de decisiones (*vid.* Ferrer, 2007: 49), *id est*, la actividad que desarrolla la comunidad científica para concluir sus investigaciones y hacer sus aportaciones a la ciencia humana, los estudios que realizan los historiadores para ir reconstruyendo los hechos de nuestros antepasados, etc. (*vid.* Ubertis, 2017; Ferrer, 2007: 49 y ss., y Andrés Ibáñez, 2007: 60 y ss.).

Uno de los mayores problemas que se pueden advertir en el ámbito probatorio, tiene que ver con el concepto de “prueba”, al grado que se llega a considerar que existen tantos conceptos de ese término como áreas del derecho. Sin embargo, para autores como Jordi Ferrer, no existe diferencia entre los conceptos de prueba civil, prueba penal, prueba administrativa,

prueba laboral, etc., y tampoco existe diferencia entre la actividad probatoria que se desarrolla en el ámbito jurídico y cualquier otra rama del conocimiento humano (2005: 17); a su consideración —y siguiendo a estudiosos como Sentís Melendo, Taruffo-Hazard y Echandía—, la prueba debe ser objeto de estudio sin que para ello el área del conocimiento en que se desarrolla la actividad probatoria resulte determinante (Ferrer, 2005: 17).

De ninguna manera se desconocen los límites que imponen las reglas jurídicas que disciplinan a la prueba en un proceso judicial: incluso el propio diseño del proceso repercute en ella, como por ejemplo la delimitación y predefinición en el tipo de conclusión que se pretende extraer de la prueba, la forma en que debe ser incorporada y valorada en el proceso, la limitación temporal del proceso mismo o la delimitación temporal en que se debe llevar a cabo la actividad probatoria en el proceso, la nulidad o exclusión de la que puede ser objeto; empero, ese tipo de particularidades no justifican un campo autónomo y distinto al de la prueba en general (Ferrer, 2005: 40).

En todo caso, el tipo de reglas jurídicas probatorias y procesales a las que antes aludimos, pueden llegar a repercutir en la cantidad y calidad de los elementos de juicio y, con ello, en el grado de conocimiento sobre la verdad de las afirmaciones fácticas que se pueden establecer en el proceso judicial.

Ahora, si bien la prueba en un contexto jurídico tiene las mismas cualidades que se desarrollan en otros contextos como la historia o medicina, se debe considerar que existen ciertas normas jurídicas que disciplinan la actividad probatoria y repercuten en cualquiera de los sentidos que pueda darse a la prueba, incluso en lo que se declarase como probado.

El sentido que tiene el concepto de prueba en general no es único, y para darnos cuenta de ello, basta acudir a los diversos significados que le confiere el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Al margen de ello, ahora nos importa referirnos a la prueba en el contexto jurídico.

Para quienes formamos parte de la comunidad jurídica y demás ramas del conocimiento que se relacionan con la actividad probatoria, el concepto de prueba resulta ser uno de los más confusos y complejos al momento de abordar su estudio. No obstante ese inconveniente, es tal su importancia en todo tipo de proceso judicial, que su estudio no puede ser omitido,

precisamente, porque casi todos los ordenamientos jurídicos coinciden en señalar que su función principal es determinar que ciertos hechos han o no ocurrido (Taruffo, 2009: 21).

3.3.1. La polisemia en la prueba y sus principales sentidos

El problema del término *prueba* que nos interesa abordar en estos momentos, se conoce como *polisemia* —sobre este tipo de problemática, *vid* Taruffo, 2009: 448; Gascón, 2010: 76, y Ubertis, 2017: 71, quien parece sugerir que ante este tipo de problemas, la opción sea la redefinición de los términos; Ferrer, al igual que Taruffo, utilizan la expresión de “elementos de juicio” para evitar caer en ese problema de la polisemia—, y tiene que ver con el hecho de que se ha utilizado para referirse a los distintos rubros del fenómeno probatorio. Tal problema ha generado —y sigue generando— un sinfín de confusiones (Ferrer, 2005: 27).

De la variedad de expresiones que se utilizan para referirse a la actividad probatoria, en particular nos interesan las de fuente de prueba, medio de prueba, elementos de prueba y prueba. Uno de los autores que se ocupó en gran medida del problema de la polisemia del vocablo *prueba* es Santiago Sentís Melendo. Este autor analiza la arbitrariedad con la que se utilizan una diversidad de expresiones para referirse a la actividad probatoria, *id est* para referirse a los elementos que sirven para generar convicción al juez de que las afirmaciones que se refieran a los hechos corresponden con la realidad, y donde se utilizan diversas expresiones: muchos estudiosos y códigos los refieren como «medios» (Sentís, 1979: 144).

Si bien es conveniente hacer algunas diferencias terminológicas, no menos cierto es que también es imprescindible evitar el caos terminológico para referirse a la prueba. En este sentido, Sentís señala que para referirse a los “elementos probatorios”, algunos juristas utilizan la expresión “materia de la prueba”, mientras que otros usan “medios de pruebas”. El jurista aludido también indica que para algunos autores, el “tema de prueba” es lo que para otros son los hechos, cuya verdad se deduce del hecho fuente de prueba, pero otros hablan de “hechos o circunstancias supeditados a su comprobación”. Sentís apunta que mientras hay estudiosos que aluden a “motivos de prueba”, los italianos los llaman “argumentos” o “razones”. En cuanto a la denominación de “sujetos probatorios”, el sujeto es lo que otros doctrinarios denominan “órganos de prueba”, y que cuando aluden a “órganos de prueba”, lo hacen para referirse al sujeto activo o sujeto procesal, mientras que por sujeto pasivo entienden a

una “fuente” o “medio” de prueba. Del mismo modo, medio de prueba es todo aquel elemento que sirve para convencer al juez de la existencia o no de un dato procesal en específico (Sentís, 1979: 145).

A su vez, Sentís refiere el uso —sin precisión terminológica— que se hace de elemento e instrumento para referirse al medio de prueba; por ejemplo, indica que Florián utiliza el término “elemento” para tal efecto, mientras que Clariá Olmedo llama “elemento” al dicho de un testigo; a su vez, Franchi utiliza el término “tipo” para referirse al “medio de prueba” y evitar ese problema. En este sentido, también señala que una máxima indefensión o carencia total de la precisión terminológica se puede advertir en Manzini, quien refiere que “elementos de prueba” son los “hechos y circunstancias” en que se funda la convicción del juez, pero también indica que “medios de prueba” es todo lo que puede servir directamente a la comprobación de la verdad, mientras que “fuente de prueba”, es todo lo que sin constituir por sí mismo “medio” o “elemento” de prueba puede suministrar indicaciones útiles para la comprobación de la verdad (Sentís, 1979: 146).

De todas estas expresiones, dos son las que nos interesan: *fuentes de prueba* y *medio de prueba*. Sentís reconoce y basa la diferenciación entre ambas expresiones a partir de lo dicho por Carnelutti, pues para este autor, *fuentes de prueba* es el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad, mientras que *medio de prueba* lo constituye la actividad que el juez desarrolla en el proceso para buscar la verdad (Sentís, 1979: 147).

Así, Sentís (1979: 151) señala que *fuentes de prueba* es un concepto meta-jurídico o extra-jurídico, porque corresponde a una realidad anterior al proceso, y que a su vez puede o no originar una actividad procesal en un medio de prueba. Contrario a esto, *medio de prueba* es un concepto jurídico y absolutamente procesal, porque se forma en el proceso. Así, refiere que la fuente de prueba como lo es un testigo y su conocimiento sobre los hechos, preexiste al proceso, mientras el medio de prueba como lo es el testimonio-declaración, se produce dentro del proceso.

Lejos de existir uniformidad en la distinción entre fuente de prueba y medio de prueba, se aprecian un sinnúmero de disconformidades e imprecisiones en tal labor, circunstancia que es preocupante, porque de modo eventual, tales imprecisiones y confusiones se reflejarán en las normas jurídicas que se lleguen a referir a ese tipo de expresiones. Lo más grave es que

pueden incidir en lo que se llegue a asumir como probado en un proceso particular y, por ende, en la aplicación de las consecuencias de esa norma.

El proceso penal de corte acusatorio oral de nuestro país, no es ajeno al problema de la polisemia de la voz *prueba*; baste recordar las expresiones de antecedentes de investigación, datos de prueba, medios de prueba, medios de convicción, prueba, indicios o elementos de prueba que son utilizados en el Código Nacional de Procedimientos Penales para hacer alusión a la actividad probatoria.

Una vez que hemos hecho alusión de manera epidérmica del caos terminológico para referirse a la prueba, ahora precisaremos los principales sentidos de dicho concepto.

3.3.2. La prueba como como medio de prueba, actividad y resultado

Ya se adelantó que los principales sentidos que suele atribuirse a la prueba en un proceso judicial son:

i). Prueba como medio de prueba; ii). Prueba como actividad; y, iii). Prueba como resultado.

i). La prueba como *medio de prueba*, se utiliza para referirse a aquellos datos o informaciones que son susceptibles de percibirse a través de los sentidos, y que pueden constituir elementos de juicio para probar o falsear una afirmación referida a un hecho jurídicamente relevante en el proceso judicial (*vid.* Taruffo, 2009: 448, y Gascón, 2010: 77).

En este sentido, Ferrer Beltrán (2005, 27) precisa que el medio de prueba se utiliza a su vez en dos sentidos: a). Abstracto o genérico; y, b). Específico o concreto (en similar sentido, *vid.* Taruffo, 2009: 448).

La prueba como *medio de prueba abstracto o genérico*, se refiere a tipos o clases de medios de prueba —datos o informaciones— que contempla la ley y que pueden ser admitidos y utilizados en el proceso de acuerdo a las reglas jurídicas que se han diseñado para cada tipo, *v. gr.*, testimoniales, periciales, documentales, etc., y por ello se suele hablar en forma importante de criterios de *admisibilidad de la prueba, tipicidad o atipicidad de la prueba*.

Cuando Jordi Ferrer habla de tipicidad de la prueba, alude a Taruffo, quien a su vez señala que la tipicidad o atipicidad de la prueba tiene que ver con la regulación jurídica que se hace de los medios de prueba que pueden utilizarse en el proceso para probar las hipótesis fácticas de las partes, por lo que para determinar cuál es la prueba que se puede utilizar en el proceso, se suele acudir a dos criterios; el primero, denominado típicamente lógico, que se refiere a la relevancia de la prueba; el segundo, se identifica como típicamente jurídico, que se refiere a los criterios para la admisibilidad o exclusión de la prueba, ambos relacionados en un orden lógico cuya prioridad está en el criterio de relevancia (Taruffo, 2009: 364 y 404).

Como *medio de prueba específico*, se identifica un determinado medio de prueba —datos o informaciones— que puede resultar de singular importancia en un proceso judicial en particular. Es en este sentido en el que se habla de *relevancia de la prueba*. La cualidad de relevancia de un medio de prueba específico es independiente a que sea o no efectivamente aportado al juicio, es decir, dicha cualidad existe sin importar que haya sido excluido del juicio, por ejemplo, cuando se propone y admite o se propone, pero inadmite.

ii). La prueba como actividad probatoria, se refiere tanto a las actividades que se dirigen a aportar *medios de prueba específicos* —generalmente llevadas a cabo por las partes conforme las reglas que establece la ley— al proceso (Ferrer, 2005: 28), como las realizadas para desarrollar inferencias o cadenas de inferencias probatorias para probar enunciados fácticos, las cuales son desarrolladas, en particular, por el órgano decisor al emitir su resolución (*cfr.* Taruffo, 2009: 450, y Gascón, 2010: 78).

iii). La prueba como resultado, se circunscribe a la comprobación de los enunciados fácticos con base a la información obtenida como consecuencia de la práctica efectiva de los medios de prueba específicos en juicio, y que es objeto de valoración por el órgano decisor al emitir su resolución dentro del proceso judicial. Esta acepción de prueba es vista, en términos generales, como sinónimo de demostración (*vid.* Taruffo, 2009: 449 y Gascón, 2010: 78).

Para Ferrer, la prueba como resultado presenta una ambigüedad, pues en un primer plano, se circunscribe a un único medio de prueba específico para establecer el grado de conocimiento o corroboración que arroja para comprobar algún enunciado fáctico. En un segundo

plano, el resultado probatorio se circunscribe al grado de conocimiento que arroja la valoración conjunta de los medios de prueba que en efecto fueron aportados y practicados en el proceso y que pueden llegar a satisfacer el estándar de prueba que se requiere para aceptar como probados determinados enunciados fácticos (2005: 29). Este segundo plano es el que ahora nos importa, porque en él se ubica el tema que nos ocupa, es decir, el del estándar probatorio.

Con el término *prueba*, dice Taruffo, se “...hace referencia sintetizadamente al conjunto de elementos, de los procedimientos y de los razonamientos por medio de los cuales aquella reconstrucción es elaborada, verificada y confirmada como verdadera” (2009: 94).

3.3.3. La prueba, ¿mecanismo para la búsqueda de la verdad o para persuadir al juez?

Hasta ahora, parece estar en claro que la prueba en general, es un mecanismo cuyo objeto radica en probar si determinados enunciados que describen hechos son o no verdaderos. Sin embargo, no se pueden desconocer posturas que afirman que es la convicción o convencimiento del juez lo que importa probar. Ante estas dos posturas, es necesario contestar la siguiente interrogante: ¿La prueba en el proceso judicial sirve para probar enunciados que describen hechos (búsqueda de la verdad) o para persuadir al juez?

Lo primero que debemos tener presente es que los modelos jurisdiccionales sustentados en el *principio del libre convencimiento* como regla fundamental para valorar la prueba, ha venido reafirmandose desde la segunda mitad del siglo XVIII bajo diversas visiones (*vid.* Taruffo, en Ferrer, 2005: 13.):

- a) *Intime conviction* (formulación francesa);
- b) *prudente apprezzamento* (formula italiana);
- c) *sana critica* (formula española); o,
- e) *freie beweiswürdigung* (formula neutral alemana de prueba libre).

En este contexto, Ubertis señala que por lo general se suele hacer una bipartición en los sistemas probatorios; por un lado, se alude a la prueba legal y, del otro lado, se encuentra la

libre convicción como sinónimo de libre valoración probatoria. Empero, señala que tal división debe ser sustituida por una tripartición, porque la libre valoración probatoria debe ser objeto de una subdivisión entre *convicción íntima* y *libre convicción* (2017: 134).

Existen dos modelos bajo los cuales se concibe la prueba: i). Modelo persuasivo o psicologista de la prueba; y, ii). Modelo racional de la prueba. El significado, contenido y límites de cada uno de estos momentos repercutirá en el desarrollo de la actividad probatoria que se desarrollará a lo largo del proceso judicial y, por supuesto, en el derecho a la defensa. Esto es así, porque cada uno de esos modelos asegura los límites y alcances de la actividad probatoria en el proceso, por lo que esto repercute en el derecho a la prueba y, por tanto, en el derecho a la defensa.

3.3.3.1. Concepción persuasiva de la prueba

Hasta hoy, la mayoría de los estudiosos del tema probatorio parecen tener claro el rechazo a la prueba legal o tasada; sin embargo, lo que no es pacífico es la admisión y sentido que debe darse al *principio de libre convencimiento*. Taruffo (en Ferrer, 2005: 13-14) indica que algunas veces se adopta una fórmula de convencimiento discrecional que implica una visión fuertemente subjetivista que puede rayar en la irracionalidad, esto es, la *íntima convicción*; otras veces, se asume como algo inexplicable que no es posible de conocer y, ende, tampoco se puede controlar intersubjetiva y racionalmente (Gascón, 2010: 174).

Se dice que se trata de una *concepción argumentativa de la prueba* que se desarrolló desde la Antigüedad clásica y hasta el Medievo, donde la probabilidad era asumida desde una perspectiva subjetiva, y lo decisivo en la obtención de ese tipo de probabilidad del hecho era en realidad —si bien y en el mejor de los casos, sobre la base de un conjunto de informaciones— la preferencia ética del decisor sobre una u otra probabilidad (Ubertis, 2017: 16).

La *convicción íntima* se asocia a la institución del jurado popular, sobre todo en los que no existen reglas, que pronuncian un veredicto caracterizado porque los hechos no suelen estar motivados sino que ello más bien es fruto, se dice, de intuiciones y pulsiones emotivas que provoca una imposibilidad para su revisión, sobre todo en posteriores instancias. Dada la compatibilidad del modelo persuasivo o psicologista de la prueba con la *íntima convicción*

—que tiene bastantes seguidores tanto en el mundo jurídico de tradición romano-germánica como en el de tradición anglosajón (Laudan, 2013: 19)—, analizaremos sus características:

i). El fin de la prueba es convencer o generar convicción en el juez

En esta concepción se genera la idea de que no es necesario un conocimiento objetivo, pues la verdad como correspondencia no tendría sentido, porque en dicho modelo la única finalidad sería la de persuasión, bien al juez o bien a alguna parte, para obtener una decisión favorable, de ahí que la prueba como actividad dirigida a buscar la verdad de los enunciados fácticos se torna en un sinsentido. Es decir, lo importante radica en obtener grados de corroboración, no para que el juez pueda decidir que está probado el hecho, sino para ver si ha sido persuadido o convencido, *id est*, que alguna de las partes tenga la razón.

ii). Apela a la íntima convicción del juez como único criterio de la decisión

Los problemas de la íntima convicción resultan visibles cuando se adopta como criterio para emitir las decisiones judiciales, porque sería suficiente la creencia del juez de que un enunciado fáctico es verdadero para que sea considerado como probado. Esto —además de suponer que la decisión judicial es infalible— mostraría que la íntima convicción es compatible con el modelo de la concepción persuasiva o subjetivista de la prueba —incluso, sería compatible con concepciones escépticas de la prueba, es decir, las que suponen que la verdad no puede alcanzarse en el proceso, y por ello renuncia a su búsqueda—, que considera precisamente que la prueba se dirige a lograr el convencimiento del órgano decisor.

Esta característica implica una ausencia de criterios objetivos que identifiquen la forma en que se llega a esa convicción, pues al no existir criterios objetivos como lo son —en mayor o menor medida—, los estándares probatorios, difícilmente se podría identificar el impacto de toda la actividad probatoria que la defensa desarrolla al ejercer el derecho a la prueba.

En efecto, si los modelos basados en la íntima convicción tienen como único criterio para decidir “la convicción íntima de quien decide”, entonces difícilmente podremos conocer si en realidad las pruebas con base en las que se dice alcanzar esa convicción de culpabilidad, han generado tal convencimiento, o si más bien, puede esconder un motivo diverso, y tal vez no confesable, a lo que las pruebas evidencian. Si esto es así, se estaría afectando o anulando la actividad probatoria que la defensa desarrolla para probar su hipótesis de inocencia, de ahí que si la prueba se mira como un mecanismo para generar la convicción del juez, ello pudiera

llegar a generar inseguridad jurídica, dado que si el Tribunal de Alzada llegase a tener una convicción diferente a la del juez de primera instancia, entonces la convicción que deberá prevalecer es la de mayor grado, con lo que la defensa, y en general cualquiera de la partes, no podría prever cuáles deberían ser sus fines probatorios.

iii). Una motivación débil o inexistente en relación a la justificación de los hechos

Esto se debe a que esta concepción nos reconduce a una imposibilidad para justificar de forma sólida la decisión judicial, en tanto que se relaciona la percepción de las pruebas con el estado mental que generan “exclusivamente” al órgano decisor que presencié su práctica, lo que a su vez imposibilita someter a un control intersubjetivo esa creencia o la poca motivación que puede ofrecerse de las creencias, lo que inclusive pudiera generar una mala práctica, a saber: no motivar sus resoluciones ante la sapiencia de que sus decisiones no podrán ser revisadas por un órgano superior.

Decimos que difícilmente es materia de una justificación, porque así de complicado sería conocer —si no es que imposible— la *psique* del órgano decisor a los efectos de determinar de qué manera fue y si en realidad está persuadido, siendo que la justificación que llegase a dar a la cuestión fáctica será casi nula o inexistente, en tanto que al ser creencia un acto involuntario, es poco factible que fuese materia de justificación. Esto es así porque existe la dificultad de que sea materia de una justificación dado que no parece razonable exigir que se expresen los procesos internos del juez que le generan convicción, ya que después de todo, se trata de un estado mental involuntario, de ahí que lo más que se podría ofrecer como motivación, es una explicación de las causas que llevaron al juez a creer que determinados hechos ocurrieron (Ferrer, 2017: 64, y 2016: 228), lo que evidentemente no se ubica en el marco de la justificación, sino de la explicación.

iv). Existe una defensa férrea del principio de inmediación por asumirlo como un criterio para valorar la prueba

Al considerar que el principio de inmediación es necesario y fundamental para la práctica y valoración de la prueba, impide que cualquier otro juez que no estuvo presente en la práctica de las pruebas pueda valorarlas. Este principio, como criterio para valorar la prueba, sostiene

que lo que se debe valorar son ciertos elementos paralingüísticos en el testigo, no así el testimonio y su fiabilidad, lo que como veremos, puede llevarnos a errores judiciales. Aunado a lo anterior, este principio asume que cualquier otro juez que no estuvo presente en la práctica de la prueba, nos puede llevar a una falta de racionalidad en la determinación judicial de los hechos.

Si uno de los fines del proceso es esclarecer los hechos que motivan el proceso penal, *so pretexto* de no afectar el principio de inmediación, se impide que tribunales de segunda instancia revisen y ejerzan un control sobre los hechos, la prueba y la valoración probatoria que desarrolló el órgano decisor en sede de juicio oral; entonces, nos encontramos también frente a una regla contra epistémica en tanto que dicho principio sería un obstáculo para conseguir uno de los objetivos principales del proceso penal acusatorio, esto es, el esclarecimiento de los hechos o conocimiento de la verdad.

v). Difícil regulación de recursos para ejercer un control intersubjetivo de los hechos en etapas procesales subsecuentes

Cuando se alude a la imposibilidad de realizar un control intersubjetivo racional sobre la decisión jurisdiccional, es porque cuando el juzgador asume que un enunciado fáctico está probado, a su vez, también asume la convicción o creencia de que dicho enunciado es verdadero (Ferrer, 2005: 34); empero, no existe forma de saber si en verdad el juez está convencido de su verdad y, mucho menos es posible saber si existen razones probatorias para dicho convencimiento. Esto impediría que se pudieran exponer razones y motivos para justificar su decisión judicial, pues a lo mucho, podría exponer algunas explicaciones de cómo llegó a ese convencimiento, lo que obstaculizaría una adecuada justificación y, por ende, su control mediante los recursos correspondientes.

Al considerar el modelo persuasivo de la prueba, se admite que el único órgano decisor con las condiciones adecuadas para valorar la prueba, es el que estuvo presente en la práctica, esto es, el de primera instancia; esto es motivo suficiente para que los seguidores de esta corriente opten por establecer recursos limitados para que los tribunales de alzada no puedan valorar la prueba, y tampoco efectúen una revisión a la valoración de la prueba realizada por el juez de primera instancia. Esto implica que tampoco podrán controlar la reconstrucción

del hecho realizada por aquel órgano decisor y, por ende, no se podrá revisar si la valoración de las pruebas de la defensa y determinación judicial de los hechos fue correcta.

Es decir, se considera que el tribunal de apelación no puede controlar la valoración de la prueba que realizó el juez de primera instancia, porque fue éste y no aquél quien tuvo su percepción directa y personal que se considera intransferible, ya que supuestamente le permitirá generar una cierta convicción o creencia que no puede tener el Tribunal de Alzada por no haber estado presente en la recepción del medio probatorio (Ferrer, 2017: 83).

Luego, consideramos que la imposibilidad para revisar la determinación de los hechos, la prueba y su valoración en segunda instancia, propicia la afectación de diversos derechos fundamentales, como el debido proceso, recurso efectivo y doble instancia, el derecho a la defensa, derecho a la prueba, derecho a la verdad y la presunción de inocencia, que se implican con el diverso derecho a una doble instancia para revisar si se alcanzó el estándar de prueba suficiente para vencer, precisamente, tal presunción.

En efecto, bajo este modelo persuasivo de la prueba, se limitan considerablemente los derechos a la defensa, a la prueba y derecho a un recurso efectivo porque está a favor de que el Tribunal de Apelación no pueda hacer una revisión y valoración de la prueba, revisión y corrección de la valoración probatoria realizada por el juez de primera instancia, así como la revisión y eventual corrección de la determinación judicial de los hechos realizada en esa instancia; se evidencia entonces que el control intersubjetivo no puede realizarse por juzgadores que no hayan estado presentes en la práctica de la prueba para formarse convicción, lo que implica una defensa férrea del principio de inmediación, contrario a lo pregonado por la concepción racionalista de la prueba, donde el control intersubjetivo es fundamental y posible porque la inmediación no juega papel relevante para la valoración de la prueba y reconstrucción del hecho.

Por supuesto, también se afectan otros derechos como la presunción de inocencia, pues al ser un concepto poliédrico, la doctrina y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (SCJN) le ha conferido diversos sentidos, entre ellos, como regla de juicio o estándar probatorio —*vid.* amparos en revisión 349/2012 y 3457/2013—. Este sentido choca con el principio de inmediación, entendido conforme a una concepción persuasiva de la prueba, pues el único juez que podría valorar la prueba sería el que estuvo presente en la práctica del medio

de prueba, no así los jueces que no tuvieron intermediación —como el Tribunal de Alzada—, por lo que no podrían pronunciarse sobre la correcta o no comprobación de los enunciados que describen los hechos relevantes en el proceso mediante y la satisfacción de la suficiencia probatoria requerida para declarar probados tales enunciados fácticos que justificarían la derrotable de la presunción de inocencia. Todo, por supuesto, en demérito del derecho a la defensa y a la prueba, pues no se podría defender una incorrecta valoración de las pruebas de la defensa, una eventual incorrecta determinación de la satisfacción de los estándares probatorios y comprobación de cierta hipótesis fáctica.

Este conflicto que se menciona, se torna más claro si atendemos a lo dicho por Laudan (2011), cuando afirma que la ausencia de un mecanismo que permita la revisión y corrección de los hechos en segunda instancia, conlleva la imposibilidad de saber si en tal resolución aconteció algún tipo de error como puede ser una falsa condena o una falsa absolución, privando a las partes de conseguir la corrección de alguno de esos tipos de errores que se ocasiona al declarar probados determinados enunciados que refieren hechos que nunca existieron, alejándose así del esclarecimiento de lo sucedido y, con ello, del derecho a la verdad.

En este sentido, la Corte-IDH (Caso Costa Rica, 2018) ha señalado que el derecho a impugnar el fallo, además de interactuar con el derecho a la defensa, evita que pueda quedar firme una decisión judicial que contenga errores, dado que en la revisión integral de una resolución judicial en instancias superiores, es posible corregir errores o injusticias que pudieron haberse cometido en ellas. Esta revisión puede generar o no una doble conformidad judicial que otorgará mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado; de ahí, que la Corte-IDH considera relevante la posibilidad de un examen integral de la sentencia recurrida.

Debemos considerar que como parte del derecho a la defensa, se tiene el derecho a la prueba, y como parte de éste se encuentran los derechos a que las pruebas sean valoradas racionalmente y sea justificada dicha valoración, a los efectos de conocer las justificaciones por las que se concede o niega valor en la decisión relacionada con la determinación judicial de los hechos, lo que hace posible defender dichos derechos en caso de que sean trastocados; sin embargo, todo esto se vería afectado si los elementos de juicio de alguna de las partes no fueron valoradas racionalmente o no se expusieron las razones o motivos que llevaron al órgano decisor a concederles o negarles valor probatorio, ya que en la segunda instancia, en

vía de control *ex post*, el Tribunal de Alzada no podría verificar si el juez de instancia realizó o no una racional y debida valoración de las pruebas pues, para realizar ese análisis, es fundamental que el *ad quem* reasuma jurisdicción en la revisión y valoración de la prueba, a los efectos de hacer una correcta revisión y eventual corrección de los enunciados fácticos que han sido declarados probados.

Es así como la concepción persuasiva de la prueba minimiza los derechos a la defensa y a la prueba; ahora veremos los motivos por los que se considera que la concepción racional de la prueba maximiza los derechos a la defensa y a la prueba.

3.3.3.2. Concepción racional de la prueba

La concepción racionalista de la prueba, pone como objetivo principal la búsqueda de la verdad de los enunciados que describen hechos. Esta concepción, a decir de juristas como Taruffo (2009: 345) y Ferrer (2007), tiene sus raíces en autores anglosajones como John Thayer, Jeremy Bentham y Henry Wigmore, siendo una de sus principales características la metodología que emplean para tratar de llegar a la verdad. Esto es así porque se considera que el método de corroboración y refutación de hipótesis mediante la inducción eliminativa es la que mejores resultados aporta para tal efecto.

Al igual que la concepción persuasiva de la prueba, en estos párrafos destacaremos las características de la concepción racional de la prueba.

i) El fin de la prueba es generar un conocimiento más próximo a la verdad

El análisis somero de la primera característica de la concepción racional de la prueba, permite contestar la interrogante planteada: ¿La prueba en el proceso judicial sirve para probar enunciados que describen hechos (buscar la verdad) o convencer al juez?

Lo primero que debemos decir es que hoy parece existir opinión doctrinal mayoritaria sobre el hecho de que averiguar o establecer la verdad es uno de los objetivos principales e imprescindibles en el proceso judicial, siendo la prueba el mejor mecanismo para lograrlo (*vid.* Ubertis, 2017: 11, 12 y 23; Taruffo, 2008: 21 y 23; Gascón, 2009: 18, y 2010: 16-77; Ferrer, 2007: 47; Andrés Ibáñez, 2007, y González, 2015: 94), pues como señala Taruffo, las

pruebas que las partes aportan al proceso sirven para reconstruir los hechos con el mayor grado de aproximación a la verdad (2009: 27).

Laudan alude que ese fin fue asumido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el año de 1996 dentro del caso *Tehhan v. US*, en donde se dijo que “el propósito básico del proceso penal consiste en la determinación de la verdad” (2013: 22). En el mismo sentido se puede ver a Ernesto Chiesa, quien respecto a las Reglas Federales de Evidencia de los Estados Unidos de Norteamérica y Puerto Rico, señala que el fin último de ambos cuerpos normativos es el descubrimiento de la verdad en los procedimientos penales (2005:1062). A este respecto debemos considerar que el sistema procesal penal acusatorio mexicano también tiene, entre otros objetivos, el esclarecimiento de los hechos, como se puede advertir en los artículos 20, Apartado A), fracción I de la CPEUM, y 2º del CNPP.

Retomando el aspecto doctrinal, el objetivo de la verdad es signo inequívoco de que el proceso judicial tiene un fin epistémico, lo que no implica negar la existencia de otros fines procesales que, de facto, existen, y bien pueden ser considerados como lo refiere Laudan, objetivos extra-epistémicos (2013: 22 y 26; en el mismo sentido, González, 2014: 86).

Entre esos fines —además del esclarecimiento de hechos—, podemos ver los que alude el proceso penal acusatorio de México, conforme al artículo 20, apartado A), fracción I de la CPEUM, y artículo 2º del CNPP:

- i). Solucionar la controversia surgida con motivo del hecho delictivo;
- ii). Proteger al inocente;
- iii). Procurar que el culpable no quede impune; y,
- iv). Reparar el daño a la víctima.

Esos fines no epistémicos constituyen valores jurídicos que también se buscan proteger dentro del proceso judicial, pues aun y cuando es cierto que su objetivo principal es averiguar la verdad, en el contexto de un proceso penal sería averiguar si el delito ocurrió y, en su caso, determinar quién lo cometió (Laudan, 2013: 22).

Si bien es cierto que la valoración racional de la prueba es “libre”, esto sólo es porque no existen reglas de derecho como acontece en la prueba tasada, pero no se trata de una libertad absoluta, dado que existen reglas que ponen límite a dicha libertad, esto es, reglas generales

de la epistemología (Ferrer, 2007: 66.), o como acostumbra decirlo la jurisprudencia, *reglas de la racionalidad y la lógica*. Y es que los sistemas probatorios no siempre son libres, dado que por lo general tienen tres tipos de reglas:

i). Las referidas a la actividad probatoria (inicio y fin de la fase probatoria, sujetos que les corresponde la carga de prueba, entre otras);

ii). Sobre los medios de prueba (cuáles pruebas son o no admisibles, lo que a su vez implica las reglas de exclusión probatoria); y,

iii). Sobre el resultado de las pruebas —qué tipo de resultado probatorio debe concluirse con base a la valoración de la prueba (Ferrer, 2007: 35).

Estas reglas necesariamente repercuten en el cúmulo probatorio a considerar en la resolución y en lo que se llegase a declarar como probado.

ii) Pugna por el método de corroboración y refutación de hipótesis mediante inducción eliminativa como forma de la valoración de la prueba

Esta característica de la concepción racional de la prueba, esto es, el método de corroboración y refutación por inducción eliminativa para justificar la prueba de los enunciados que describen hechos —y no ya en las creencias del sujeto—, resulta importante su comprensión, porque ahora la prueba de esos enunciados será la consecuencia de un razonamiento probatorio especializado en la valoración de la prueba dirigido a la obtención de grados de corroboración, que deben ser suficientes para poder asumirlos como probados, todo lo cual requiere exponer las razones y motivos que justifiquen esa comprobación.

La *inducción por eliminación* tiene sus raíces en las ideas de sir Francis Bacon (siglo XVI), para quien se estaría perdiendo el tiempo si se pretende probar una hipótesis acumulando a su favor sólo mecanismos probatorios, pues con independencia a este cúmulo favorable, lo cierto es que sería suficiente para refutar tal hipótesis un resultado desfavorable.

Bacon sostuvo que sería mejor realizar testeos o comprobaciones destinadas a eliminar cualquier hipótesis que esté considerada, pues la hipótesis que mejor resista esas comprobaciones tendentes a eliminarlas, es en la que se debería tener mejor confianza. Ese testeo eliminativo debe partir de una variedad de pruebas, pues cuan mayor y variado sea el número

de condiciones bajo las cuales una hipótesis subsiste, mayor será la confianza que se puede tener en ella (Anderson, Schum y Twining, 2015: 315 y 316).

Uno de los trabajos más reconocidos y desarrollados en el sistema de probabilidades expresamente afín con la inducción eliminativa y variable, es el realizado por Laurence Cohen (Anderson, Schum y Twining, 2015: 316), quien defendía en su principal obra un sistema de probabilidades sustentado, precisamente, en las ideas de Bacon, relativas a la comprobación eliminativa y variable. En el modelo de Cohen, se sostiene que la prueba es relevante sólo si sirve para eliminar una o más hipótesis que estén siendo consideradas en el proceso de verificación. Así, una probabilidad *baconiana* a favor de una hipótesis, aumenta en la medida que la hipótesis pasa más testeos probatorios eliminativos y variados.

Este tipo de metodología ofrece un mejor escenario para motivar la acreditación de las hipótesis fácticas, por lo cual si la motivación es un requisito esencial en todo Estado democrático de derecho, esa metodología satisface tal exigencia constitucional, porque indica cuáles son las pruebas y forma en que son valoradas positiva o negativamente para sustentar la determinación judicial de los hechos. Al realizar tal ejercicio de motivación, en realidad se están conjugando las actividades que se relacionan con la prueba de una hipótesis fáctica, que se asume con la refutación de la hipótesis alternativa (Ubertis, 2017: 136 y 137).

Si el *método de corroboración y refutación de hipótesis mediante inducción eliminativa* es el que mejores resultados arroja para aproximarnos a la verdad en un proceso judicial (*vid.* Andrés Ibáñez, 2007: 73), entonces resulta ser el más compatible con la *probabilidad inductiva*, porque la misma se explica con grados de conocimiento que pueden adquirirse con base en el cúmulo probatorio que se valora conforme aquella metodología.

Respecto a lo anterior, son importantes las inferencias judiciales que parten de un acontecimiento que rompe con el orden jurídico, y por ello es relevante para el mismo, pues se genera la hipótesis acusatoria que no sólo busca explicar tal suceso, sino que debe ser comprobada, y se debe someter a una contrastación. En palabras de Andrés Ibáñez, la contrastación consistente en poner a prueba su valor explicativo que, en el contexto de un proceso penal, se realiza mediante el desarrollo de una actividad probatoria de las partes (2007: 75).

Para la validez de la hipótesis, son necesarias una serie de confirmaciones, pues la hipótesis ocupa que sea confirmada por más de un hecho, pero además, que resista las contrapruebas de la defensa, dado que una sola contraprueba puede ser eficaz y suficiente para desvirtuar la hipótesis incriminatoria, *id est* si la coartada es verdadera, la hipótesis acusatoria será falsa, por lo que todas las hipótesis fácticas alternativas de defensa deben ser refutadas (Andrés Ibáñez, 2007: 75).

iii) Pugna por una versión débil o limitada del principio de inmediación (juez presente en la producción de la prueba para establecer la fiabilidad de testigo o, en general, para formar la prueba, nunca para valorarla) y del principio de contradicción

En cuanto a que en la concepción racional de la prueba se contempla una versión débil del principio de inmediación —pues si bien tiene como destinatario principal al juzgador de los hechos—, lo es para que esté presente en la práctica del medio de prueba, porque con ello se logra una doble funcionalidad durante la formación de la prueba (*vid.* Ferrer, 2017: 189); por un lado, da fiabilidad a la prueba para buscar reducir errores, razón por la que se debe evitar intermediarios en la transmisión de la información que aportan esos medios probatorios, siendo el juez quien deba percibir de manera personal y directa tal información; por otro parte, emerge como un mecanismo cognoscitivo, porque el juez está llamado a maximizar el contradictorio entre las partes, puesto que la contradicción es una de las mejores herramientas para validar la información que se aporta al proceso (Ferrer, 2017: 189), *id est* a través del adecuado uso de las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio (Taruffo, 2009: 431).

Luego, si en este modelo racional de la prueba, el principio de inmediación participa como mecanismo para formar la prueba y como herramienta para maximizar el contradictorio, pero de modo alguno tiene injerencia en la valoración de la prueba, entonces tendríamos que no hay impedimento para que en segunda instancia el *ad quem* pueda desarrollar un control intersubjetivo sobre la valoración de la prueba de la defensa y de cualquier otra parte, así como de la determinación que se haya hecho respecto a las hipótesis fácticas por el juez de instancia pues, como ya se dijo, en dicho modelo probatorio la construcción y control de las inferencias probatorias se realiza con base a otro tipo de mecanismos. En este sentido, Ferrer Beltrán (2005) nos ejemplifica con un caso la forma en que puede efectuarse un control de la

valoración de la prueba y de las inferencias probatorias que se desarrollan en la reconstrucción de los hechos, sin afectar el principio de inmediación:

[...] un ejemplo banal pero habitual, depende estrictamente de la percepción determinar si un testigo se muestra manifiestamente nervioso, pero concluir de ello que el testigo no es fiable, depende de una inferencia probatoria a la que se incorpora la premisa de que el nerviosismo de un testigo es síntoma de su mendacidad. Esa inferencia no depende en absoluto de la percepción, sino de generalizaciones o máximas de experiencia que han sido estudiadas por la psicología del testimonio y demostradas absolutamente infundadas. En conclusión, no necesitamos haber estado presentes en la práctica de la prueba para mostrar la incorrección de una valoración testifical basada en una generalización falsa de ese tipo. El principio de inmediación resulta compatible con el control de las inferencias probatorias (Ferrer, 2005: 189).

Este ejemplo nos sirve para enseñar que la idea de que el *ad quem* no debe valorar la prueba porque no tuvo inmediación en la misma, en realidad parece carecer de sustento racional, no sólo por todo lo hasta aquí dicho, sino también porque Jordi Nieva Fenoll (2012: 320) señala que lo que se valora es la declaración, no al testigo, en clara referencia a los estudios aportados por la psicología del testimonio, lo que a su vez nos lleva a hacer referencia a lo dicho por sobre el papel de la inmediación en segunda instancia:

[...] una correcta y fiel documentación de lo acontecido en la primera [...] sentencia motivada con el necesario rigor, la falta de ese contacto original con una parte del material probatorio, no representaría un obstáculo insalvable para la racional valoración de su rendimiento por otro tribunal. Incluso permitiría —lo que es una ventaja— que ésta pudiera realizarse con el distanciamiento crítico preciso para detectar y subsanar eventuales desviaciones intimistas e irracionales de la apreciación probatoria (Andrés Ibáñez, 2003: 65).

En el caso de las pruebas documentales o materiales, el Tribunal de Alzada podrá contar con dichas pruebas en las mismas condiciones que las tuvo el órgano decisor de primera instancia, y dado el caso en que al ser óptimas y similares las condiciones para su estudio y valoración

(Gimeno, 2015: y Nieva, 2010: 352), no habría justificación para que en esos casos se impidiera desarrollar una valoración.

Así pues, de acuerdo a las funciones que el modelo racional le asigna al principio de inmediación, se le ve como una garantía procesal, limitada al periodo formativo de la prueba, y por ello no llega a constituir un impedimento para que el Tribunal de Alzada reasuma total jurisdicción sobre la *quaestio facti*.

Por otro lado, el principio de inmediación potencializa el principio de contradicción, dado que es posible que las partes procesales —fiscalía, asesoría jurídica y defensa— puedan comparecer y hacer valer ante un órgano jurisdiccional sus respectivas pretensiones, exponiendo sus hipótesis fácticas, practicar los medios de prueba que son tendentes a respaldarlas y hacer sus alegaciones respectivas. Esto implica en el caso de la persona imputada que tiene el derecho a un juicio previo o debido proceso, que pueda desarrollar los alegatos, actos de prueba y medios de defensa ante el órgano jurisdiccional que deberá considerar todo lo realizado por la defensa y, en caso de no ser así, se podrá ejercer el medio de impugnación correspondiente.

iv). Fuerte exigencia en la motivación de la decisión sobre los hechos

Sin duda que las anteriores características, traen como consecuencia que la decisión judicial sobre la comprobación o refutación de alguna de las hipótesis de las partes, tenga que ser fuertemente justificada, y no podría ser de otra forma dado lo ya indicado.

v). Defiende un sistema de recursos para el control intersubjetivo amplio de la decisión (hecho y derecho) en instancias superiores

Finalmente, por lo que respecta al sistema de recursos para ejercer un control intersubjetivo amplio de la decisión, se abarcan tanto los hechos como el derecho. La actividad probatoria culmina, por lo general, con la elección de una de las hipótesis fácticas que son sometidas a la verificación judicial, lo que implica un cierto margen de incertidumbre y libertad al momento en que se haga dicha elección, que conlleva determinado poder que debe ser controlado en la medida de lo posible, para evitar la arbitrariedad e injusticia de la resolución.

Una de las mejores forma de ejercer este control es con la concepción racional de la prueba, pues al hacer uso del método de corroboración y refutación de hipótesis —mediante

inducción eliminativa como forma de la valoración de la prueba—, y exigir una fuerte motivación y justificación de la decisión sobre los hechos que posibilitan el control intersubjetivo amplio de la decisión en instancias superiores, se genera un escenario racional para controlar y disminuir la subjetividad, soberanía o discrecionalidad en la elección de hipótesis fáctica y, por ende, la arbitrariedad.

Esta idea resulta compatible con los artículos 8.2, inciso h) de la CADH y 14.5 del PIDCP que estatuyen la posibilidad de recurrir toda resolución adversa ante un tribunal superior mediante un recurso amplio. Así se han generado múltiples criterios de la Corte-IDH para permitir el análisis o examen integral de todas las consideraciones que tienen que ver con aspectos tanto jurídicos como probatorios de la resolución judicial. El derecho a la doble instancia es sustantivo porque mediante ese derecho, es posible someter a una nueva revisión el derecho, los hechos y la valoración de la prueba, haciendo posible a su vez una tutela efectiva del derecho de la defensa.

El derecho a contar con un recurso efectivo ha sido utilizado sobre todo en el ámbito convencional, para emitir un gran número de criterios relacionados con reglas procesales que impiden que en segunda instancia se analicen consideraciones que tienen que ver con los hechos, la prueba y su valoración; en tanto que se ha determinado que el recurso efectivo conlleva necesariamente la permisibilidad para evaluar las pruebas presentadas en la primera instancia. En tal sentido, el Comité Interamericano de Derechos Humanos sostuvo en el *Caso Lumley c. Jamaica* (párrafo 7.3, 1999), que para considerar la efectividad de un recurso en la segunda instancia, se debe permitir una revisión completa a la condena y de la sentencia, tanto en lo que respecta a las pruebas como por lo que se refiere a los fundamentos del derecho. Asimismo, al margen del nombre que se dé al recurso de segunda instancia, lo importante es permitir la revisión integral de la resolución, pues si el recurso está limitado a cuestiones formales o legales, no cumple con el párrafo 5 del artículo 14 del PIDCP.

En ese mismo orden de ideas, el Comité de Derechos Humanos en su observación número 32 (párrafos 48 y ss.), ha sostenido que toda persona declarada culpable de un delito, tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior conforme a lo prescrito por la ley, es decir, la garantía no se limita sólo a los delitos más graves, sino que se debe revisarse en todo tipo de casos la sustancia de los

mismos, tanto en lo relativo a la suficiencia de las pruebas como de la legislación, puesto que una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena, no es considerada suficiente para estimar efectivo el recurso.

Es de relevancia considerar el artículo 25 de la CADH, que reconoce el derecho a un recurso efectivo, mismo que sustenta el conocido informe 55/97 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión-IDH) respecto del caso 11.137 (párrafos 261 y 262), donde se dijo que la característica mínima de un recurso que deba controlar la corrección del fallo, debe implicar la posibilidad de corregirlo en lo material y formal. En lo material, se refiere a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación y aplicación de normas referentes a la valoración de las pruebas.

En este contexto, la Corte-IDH (Caso Costa Rica, 2004), estableció que de acuerdo al objeto y fin de la CADH, es necesario entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicha convención, debe ser uno ordinario y eficaz, que posibilite que un juez o tribunal superior pueda efectuar la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho, ya que no resulta suficiente la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces, y no lo son cuando no son amplios, según lo ha determinado la Corte-IDH cuando declaró que el medio impugnación establecido en el Código de Procedimientos Penales de Costa Rica de 1996, no satisfacía el requisito de amplitud, dado que imponía restricciones *a priori*, que impedían un examen de las cuestiones debatidas y analizadas ante el juez de primera instancia, situación que tornaba ineficaz e inaccesible el derecho a recurrir el fallo porque su admisibilidad se condicionada únicamente a cuestiones normativas, excluyendo los aspectos fácticos y probatorios, razón por la que se condenó a Costa Rica.

Una vez que hemos analizado las concepciones persuasiva y racional de la prueba, surge la siguiente interrogante: ¿Qué implicaciones o consecuencias tiene optar por alguno de los modelos que se refieren a los fines de la prueba y en general para el derecho a la prueba y defensa? Consideramos que el optar por una concepción persuasiva o psicológica de la prueba, puede generar repercusiones en los siguientes rubros:

- i) La resolución puede no ser justa por no estar apegada a la verdad;
- ii) Genera un área propicia para la íntima convicción;

iii) Excesiva aplicación del principio de inmediación que puede afectar diversos derechos fundamentales;

iv) La motivación o justificación está ausente o, cuando mucho, se establece una muy débil; y,

v) Dificultad en el control intersubjetivo de la valoración de la prueba.

En cambio, el modelo racional de la prueba, sitúa la determinación de la verdad como parte de los objetivos principales del proceso judicial, circunstancia que resulta fundamental para comprender racionalmente por qué una resolución es justa (Taruffo, 2009: 70 y 168, y Ubertis, 2017: 13), puesto que si el proceso tiene como ideología producir resoluciones justas (Taruffo, 2009: 63), algo que parece categórico es que para lograr tal cometido es necesario que la resolución se encuentre fundada en enunciados fácticos verdaderos.

Si la resolución judicial se genera a partir de una premisa normativa y otra fáctica, es esta última a la que le concierne el problema de la prueba y reconstrucción del hecho, fundamental para decidir qué ley se aplica a la solución del caso concreto, por lo que tal reconstrucción debe ser conforme a la realidad para sostener que la misma es justa (Ubertis, 2017: 13).

En el ámbito del derecho a la defensa y a la prueba, es importante destacar que la concepción racional de la prueba resulta más compatible, pues toda la actividad que implica la defensa en las diversas fases del proceso penal, tiene implicaciones con la actividad probatoria, y por ello es que se puede diseñar y desarrollar una mejor estrategia de defensa, pues desde el pensamiento ilustrado, se asumió que la mejor forma de reglamentar la defensa es diseñando una adecuada y racional regulación de la actividad probatoria, sin soslayar que cada uno de los elementos del derecho a la prueba, en tanto extensión del derecho a la defensa, se ve robustecido con aquella concepción racional.

El derecho a la prueba que hemos referido se debilita bajo una concepción persuasiva de la prueba, pues cada elemento de ese derecho pierde fuerza ante la relevancia que adquiere en esa concepción el convencimiento, y el mismo puede lograrse aun sin prueba, por ejemplo, mediante técnicas discursivas, lo cual pudiera redundar en injusticias.

Hasta este momento hemos abordado algunos de los problemas conceptuales de la prueba:

i). Los principales sentidos del término “prueba” en el contexto jurídico;

ii). Que la prueba no tiene como objetivo el convencimiento del juez, sino la prueba de enunciados fácticos para la determinación judicial de los hechos;

iii). Que los hechos son incorporados al proceso mediante enunciados a través de los cuales los describen;

iv). Que cada enunciado fáctico es un tema de prueba; y

v). Que cada tema de prueba o conjunto de esos enunciados fácticos constituyen el *thema probandum*.

Existen hasta aquí, las bases generales para poder dar contestación a una de las preguntas que importa en todo proceso judicial: ¿Qué significa que un enunciado que describe hechos está probado? Esta cuestión es significativa para el derecho a la defensa y a la prueba, pues el derecho a la prueba tiene como fin comprobar hechos que soportan las presentaciones de defensa, por lo que es fundamental conocer qué significa que una hipótesis fáctica de defensa se encuentra probada.

3.3.3.3. ¿Qué significa que un enunciado que refiere hechos está probado?

La interrogante de este apartado constituye un problema conceptual en los estudios relacionados sobre los hechos y su prueba (Ferrer, 2005: 16), y a su vez resulta importante para los efectos de un proceso judicial, donde se debe tener claro qué es lo que significa afirmar que un enunciado que describe hechos está probado. Se trata de un tema importante para la defensa y para el proceso en general, porque toda actividad probatoria debe direccionarse, precisamente, a probar la versión fáctica que sustenta las pretensiones defensivas.

Es común que algunos sectores de la doctrina y operadores en los tribunales afirmen que en etapas previas a la emisión de la sentencia definitiva en juicio oral —como en el auto de vinculación a proceso o en el auto en que impone una medida cautelar como la prisión preventiva—, no es necesario probar la existencia de hechos, pues consideran que esto sólo se debe hacer hasta la etapa de juicio oral. Esto derivado de que suponen que para la emisión de un AVP basta que se “establezcan” hechos, mientras que la “prueba” de los hechos sólo puede y debe realizarse hasta la etapa de juicio oral. Consideramos que en realidad se prueba

en ambas etapas procedimentales, sólo que se hace conforme a estándares probatorios distintos, es decir, el grado de corroboración o conocimiento que se debe satisfacer para que se acepte como probada una hipótesis fáctica es diferente en cada resolución, como lo ha establecido la Corte-IDH (Caso Ecuador, 2020).

Para responder a la interrogante, debemos tener presentes a los *enunciados probatorios* que, a decir de Ferrer (2005: 19), son enunciados con los que se expresa la prueba de proposiciones que describen hechos. Los enunciados probatorios también son referidos por Gascón como enunciados fácticos justificados (2010: 193).). Un hecho o suceso ocurrido podría ser: “Juan mató a María”, que en su forma de enunciado probatorio quedaría: *Está probado que p*, para significar que “Está probado que Juan mató a María”.

Se dice que enunciados probatorios del tipo *Está probado que p*, tienen *fuerza y sentido*. La *fuerza de un enunciado probatorio* tiene que ver con lo que el juez ha hecho al emitirlo, donde importa identificar los efectos que genera dicho pronunciamiento, es decir, el enunciado probatorio adquirirá *fuerza constitutiva, normativa o descriptiva*. Por su parte, el *sentido del enunciado* tiene que ver con su *significado* (Ferrer, 2005: 20), siendo este aspecto el que nos interesa para resolver la interrogante planteada pero, sobre todo, porque permitirá saber qué significa decir en alguna decisión jurisdiccional *Está probado que p*.

La *fuerza descriptiva* de *Está probado que p*, únicamente expresa una proposición que se encarga de describir la ocurrencia de un hecho en la realidad empírica, susceptible de ser verdadera o falsa y, por ello, posibilita reconocer la falibilidad del juez en las decisiones judiciales (Ferrer, 2005: 25-29). Un aspecto importante de la *fuerza descriptiva* de un enunciado probatorio es su relación con uno de los tres sentidos que este enunciado puede tener y que resulta de interés a los efectos del tema del estándar probatorio, a saber, como sinónimo de *Hay elementos de juicio suficientes a favor de p*. En efecto, entre los diversos *sentidos del enunciado probatorio* destacan:

- i). Como sinónimo de verdad, es decir, *Es verdad que p*;
- ii). Como sinónimo de *El juez ha establecido que p*; y,
- iii). Como sinónimo de *Hay elementos de juicio suficientes a favor de p*.

Interesados en el tercero de los sentidos, ponderamos su importancia en el tema del estándar probatorio, dado que su configuración advierte de su relación con el sentido de la prueba como resultado, esto es, el resultado que produce el conjunto de pruebas que han sido efectivamente aportadas y desahogadas en la etapa procedimental donde se emitirá una resolución a favor de una hipótesis fáctica alegada por alguna de las partes (Ferrer, 2005: 29 y 45).

El sentido de *Hay elementos de juicio suficientes a favor de p* —“Hay elementos de prueba suficientes de que Pedro privó de la vida a Juan”—, es el que se considera más idóneo para significarlo a un enunciado probatorio, esto es, *Esta probado que p* → *Está probado que Pedro privó de la vida a Juan*.

Decir que un enunciado fáctico está probado, significa que un hecho acaecido en la realidad empírica cuenta a su favor con elementos de juicio suficientes para aceptar que está probada su existencia. En este sentido, Gascón afirma que un enunciado fáctico está probado cuando ha sido verificado, esto es, su verdad ha sido confirmada (2010: 76).

Dentro de esta temática, surge la siguiente pregunta: ¿Cuándo hay elementos de juicio o pruebas suficientes para aceptar un hecho como probado? La respuesta dependerá del EP que se fije en cada proceso judicial o en cada etapa del mismo, según la resolución que se deba emitir, por ejemplo, en el AVP, y por ello es que de manera natural nos podemos preguntar: ¿cuál es el estándar probatorio para el auto de vinculación a proceso?

Tener por probada una hipótesis fáctica o enunciado fáctico, por ejemplo la de la fiscalía, no significa que ésta sea verdad —como tampoco significa que se haya probado en forma definitiva en el caso del AVP—, sino que sólo se ha conseguido alcanzar la suficiencia probatoria —estándar de prueba— requerida para aceptarla como probada —de manera provisional en el caso del AVP— en esa etapa procedimental en que se emite la resolución.

Si bien se acepta como verdadero el enunciado fáctico que alcanza o satisface el estándar de prueba (enunciado probatorio: “Esta probado que p”), es decir, el enunciado que describe hechos (“p”) que cuenta a su favor con los elementos de juicios suficientes para satisfacer el estándar de prueba, tampoco se deja de reconocer —he aquí el punto que hace la diferencia— que el enunciado fáctico (“p”), *per se*, pueda ser en realidad falso o verdadero. Esto porque al trabajarse con conocimiento aproximativo, quedará un mayor o menor grado de incertidumbre sobre el conocimiento de la verdad, conforme el EP y su exigencia para la resolución.

La exigencia probatoria será distinta y acorde a la etapa procedimental y tipo de decisión judicial que se ocupe tomar sobre la determinación de los hechos, es decir, los enunciados fácticos deberán ser probados con distintas exigencias o grados de suficiencia probatoria; de ahí que la prueba de una hipótesis fáctica no sea exclusiva de la sentencia definitiva, sino que debe hacerse en diferentes momentos procedimentales, con diferentes estándares probatorios.

Siguiendo a diversos estudiosos del tema probatorio —Andrés Ibáñez (2007: 57, 58, 73 y ss.); Ferrer 2005: 36 y 2007: 121); Taruffo, 2009: 225; Gascón, 2010: 158 y 159; González, 2014: 94, y Nieva, 2010: 204)—, el mejor esquema para determinar cuándo un enunciado fáctico ha quedado probado, es el de la *probabilidad inductiva*. No se trata de establecer juicios absolutos de verdad o falsedad de los enunciados fácticos (Taruffo, 2009: 243), sino de racionalizar la incertidumbre sobre el conocimiento de la verdad de esos enunciados con base en el material probatorio disponible en el proceso judicial (Taruffo, 2009: 224-226).

Debemos resaltar las implicaciones o posibilidades que se pueden presentar sobre lo apuntado y, para tal efecto, resulta particularmente interesante esta referencia de Ferrer:

De acuerdo con la concepción del significado de “Está probado que p ” que se está analizando, este enunciado será verdadero cuando se disponga de elementos de juicio suficientes a favor de p y falso cuando no se disponga de elementos de juicio a su favor o éstos sean insuficientes, todo ello con independencia de la verdad o falsedad de la proposición p . Puede ocurrir, por tanto, que una proposición sobre un hecho relevante para una causa judicial disponga en el proceso de elementos de juicio suficientes a su favor y que, en cambio, sea falsa. Por supuesto, también puede suceder que la misma proposición sea verdadera. Y, por otro lado, puede ocurrir que una proposición verdadera sobre un hecho relevante para una causa judicial no disponga de elementos de juicio suficientes a su favor o bien que sí disponga de ellos (Ferrer, 2005: 36).

Ejemplificando un enunciado probatorio —*Está probado que p* — en el sistema procesal penal mexicano, p implicaría una proposición del tipo “Pedro privó de la vida a Juan”, mientras que la forma completa del enunciado probatorio sería: “Hay elementos de juicio suficientes de que Pedro privó de la vida a Juan”, para significar que ese enunciado que describe hechos

importantes en el proceso judicial, cuenta a su favor con pruebas suficientes para aceptarlo o asumirlo como probado. En el caso del AVP o resolución que impone una medida cautelar, los enunciados fácticos se asumirán como probados de manera provisional cuando se satisfaga el EP que se haya establecido para dicho momento procedimental. Sin embargo, determinar cuál es ese estándar probatorio para tal efecto no es cosa fácil, pues a lo largo del proceso judicial existen diversos estándares que deben ser aplicados, incluso, varían según el área del derecho (Ferrer, 2007: 141), pero aun con esas complicaciones, la seguridad jurídica exige identificar cuándo es que ya se ha alcanzado la suficiencia probatoria requerida.

En este sentido, Sentís señala que “...probar es llevar al ánimo del juez la convicción de que nuestras afirmaciones [que se refieren a hechos] corresponden con la realidad, esto es, la verificación de esa correspondencia...” (1979: 144), para lo cual, es necesario contar con elementos que permitan llegar a ese resultado. Aun cuando este autor parece referirse a un modelo persuasivo de la prueba, y que nosotros somos partidarios del concepto racional de la prueba que busca establecer la verdad de las afirmaciones o enunciados fácticos, destacamos que también señala que la actividad de probar conlleva la verificación de una afirmación fáctica con la realidad, con base en elementos de juicio.

Para que un enunciado que describe hechos sea aceptado como probado, se debe aportar a su favor los grados de corroboración necesarios para satisfacer el estándar de prueba que se ha fijado para tal efecto. Luego, probar un enunciado de ese tipo implica desarrollar la actividad tendente a aportar los elementos de juicio (pruebas, datos de prueba o medios de prueba) necesarios para lograr obtener los suficientes grados de confirmación o corroboración a su favor, y de esta manera establecer su conformidad con la realidad acontecida. Así, para emitir resoluciones preliminares como definitivas, se deben probar hipótesis fácticas.

Una vez que han sido analizados algunos problemas relacionados con el concepto de *prueba*, continuamos con un breve análisis de otro de los conceptos trascendentales en la determinación judicial de los hechos, a saber, la verdad.

3.4. La verdad en el proceso penal

Si uno de los objetivos primordiales del proceso penal es esclarecer los hechos, y la defensa tiene como pretensión demostrar que su hipótesis fáctica de defensa es verdadera, entonces, parece incuestionable conocer qué significa la verdad en el proceso.

Hoy se reconoce que la verdad en el proceso judicial, además de ser un valor-fin epistémico, tiene jerarquía jurídica en tanto que se tiene el derecho a saber si los hechos del pasado tuvieron o no verificativo en nuestra realidad empírica. Su relevancia comenzó con la necesidad de conocer la verdad sobre los actos criminales y aberrantes que se cometieron durante la Segunda Guerra Mundial, lo que a su vez suponía la necesidad de identificar a los responsables con el fin, entre otros, de evitar la repetición de ese tipo de actos (*cf.* Rodotá, 2014: 197). De esta manera quedó signado el derecho para las víctimas a conocer la verdad sobre los crímenes de los que habían sido objeto.

El derecho a la verdad va ligado al derecho a la dignidad de las víctimas, pues se dice que al ponerles a su alcance el conocimiento sobre lo que realmente sucedió, se contribuye a restituirles su dignidad, sin que por ello se soslaye que la verdad también es importante para la humanidad en general (Rodotá, 2014: 197).

Dentro de un proceso judicial, la averiguación de la verdad es un derecho —tal como lo han establecido diversos instrumentos internacionales emitidos por la Organización de Estados Americanos: AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06); AG/RES. 2267 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2406 (XXXVIII-O/08), AG/RES. 2509 (XXXIX-O/09), AG/RES. 2595 (XL-O/10); AG/RES. 2662 (XLI-O/11) y AG/RES. 2725 (XLII-O/12) sobre el derecho a la verdad, complementado con las sentencias de la Corte-IDH en diversos casos— para establecer de manera correcta la *quaestio facti* que, como ya vimos, constituye una premisa del silogismo judicial que suele emplearse en casi toda resolución judicial. Esta función nos permite mostrar lo importante que resulta que la hipótesis fáctica se encuentre lo más racional y objetivamente apegada a la realidad pues, incluso, su aceptación por la ciudadanía depende, en gran medida, de que sea verdadera (Ubertis, 2017: 23).

Podemos ver que la verdad de la premisa fáctica es fundamental en un Estado democrático de derecho, porque si lo que se pretende, bajo los lineamientos del debido proceso, es generar resoluciones justas, es necesario que al emitirlas, se encuentren sustentadas en la verdad que,

dicho sea de paso, también hace posible otro de los fines del derecho: la legítima regulación de las conductas de los miembros de la sociedad (Ferrer, 2007: 30).

Si el que la hipótesis fáctica del silogismo judicial se encuentre lo más próxima a la verdad constituye una condición necesaria para considerar que una resolución es justa (*vid.* Taruffo, 2009: 65 y 70; Ubertis, 2017: 13; Anderson, Schum y Twining, 2015: 121), ya podemos darnos cuenta de su fundamental e imprescindible vínculo con la prueba, pues es esta última la que aporta el conocimiento para llegar a conocer la verdad de la hipótesis fáctica, de ahí que se diga que las pruebas son la base de la justicia y, por ello, su exclusión equivale, como afirma Bentham, a excluir justicia (*cit.* en Anderson Schum y Twining, 2015: 33). Incluso, autores como Ferrajoli afirman que una justicia penal sin verdad equivale a un sistema de arbitrariedad (2004: 45).

Previo a que se pronuncie una resolución definitiva en el ámbito judicial, será necesario que a lo largo del proceso se vayan gestando una serie de actuaciones y resoluciones previas y provisionales, a través de las cuales también se debe hacer una determinación judicial de los hechos a los efectos de aplicar la norma jurídica correspondiente, como por ejemplo el AVP o auto que impone una medida cautelar, en los que no se ocupa un grado de conocimiento de la verdad tan elevado como el que debe existir en la resolución definitiva.

Estas resoluciones van determinado con un cierto grado de conocimiento los enunciados fácticos hasta llegar a emitirse la resolución definitiva, donde se debe satisfacer el más alto grado de conocimiento de la verdad, esto es: *p ha quedado probado más allá de toda duda razonable*. Precisamos que ese grado de conocimiento es probabilístico inductivo, es decir, en grado aproximado a la verdad que se obtiene a partir de inferencias desarrolladas con base en los elementos de juicio, efectivamente aportados y practicados al proceso judicial.

En el AVP, hipótesis fácticas del tipo “Juan murió como consecuencia de un disparo por arma de fuego” o “Pedro disparó un arma de fuego en contra de Juan”, deberán asumirse o aceptarse como probadas de manera provisional cuando se alcance la suficiencia probatoria que ha sido fijada para esa determinación judicial.

Decimos de manera provisional, porque las hipótesis fácticas como las ya indicadas, no se asumen como probadas en forma definitiva porque sólo tendrán vigencia hasta en tanto la situación jurídica de la persona vinculada no cambie con motivo de una nueva resolución,

como puede ser a través del auto de sobreseimiento o sentencia derivada de alguna forma de terminación anticipada del procedimiento o mecanismo alternativo de solución de conflictos, o bien, una resolución definitiva.

En la medida en que el proceso judicial avance, el material probatorio deberá ser de mejor calidad, de modo que permitirá acercarse de mejor manera a ese fin denominado por nuestra legislación nacional como “esclarecimiento de los hechos”.

Y a todo esto, ¿qué es la verdad?

Existen diversas nociones de verdad: desde visiones procesalistas donde se ha generado con mucha fuerza la *visión dual de verdad*, al afirmar la existencia de una *verdad jurídica, formal o procesal* que queda establecida en una resolución judicial, y que se dice es diferente o distinta a la *verdad material* que existe fuera del proceso judicial y que resulta inalcanzable. También existen nociones filosóficas que se ocupan de su estudio, análisis y conceptualización, siendo una de esas la que ha sido asumida en el proceso judicial, pues la considera más funcional y aplicable tanto a nuestra realidad como al proceso judicial.

El concepto o noción de verdad no es un tema sencillo, pues en realidad ha generado un constante y largo debate entre procesalistas, filósofos y epistemólogos. Hacer un estudio sobre todas las nociones de verdad sería algo titánico y, por mucho, rebasaría la modesta pretensión que aquí nos hemos propuesto. Consideramos suficiente —a los efectos de identificar la que resulta más adecuada para el conocimiento probabilístico que rige la determinación judicial de los hechos— hacer un breve análisis sobre algunas nociones de verdad.

3.4.1. ¿Verdad material o verdad formal?

Entre los juristas han imperado durante mucho tiempo ciertas creencias que se relacionan con lo que bien puede ser considerado un falso principio: *en el proceso sólo se puede llegar a una verdad formal o jurídica que es la que interesa, pero la verdad material es inalcanzable y no interesa al proceso.*

Esto implica que exista una verdad distinta a la formal y suele considerársele inalcanzable, esto es, la verdad material (Taruffo en Ferrer, 2005: 13). Estudiosos como Taruffo (2009: 58) consideran que el origen de la idea de verdad material como principio básico en la teoría de

la prueba y del proceso civil y penal, puede encontrarse en ideas retomadas del materialismo dialéctico de Vladimir Lenin. Sin embargo, lo que ahora nos importa es saber por qué surgió en el proceso penal la necesidad de diferenciar la verdad material de la verdad formal.

La respuesta parece tener su origen en la solución que se buscó dar, a su vez, a otro problema que existía en el proceso judicial, relacionado con las limitaciones que existían para probar la verdad de los enunciados fácticos, ya que éstos se declaraban probados y en realidad eran falsos, es decir, en un proceso judicial se declaraba la existencia de hechos que en realidad no habían ocurrido (Ferrer, 2005: 61, y *cfr.* Taruffo (2009: 24 y 25).

Para solucionar esta problemática, se tenían dos alternativas:

1). Abandonar la definición de prueba en términos de verdad, esto es, la relación conceptual entre prueba y verdad; o bien,

2). Sostener que en los casos en los que se declara probado un enunciado fáctico que resulta falso, en realidad no está probado. Ante este dilema surgen propuestas que más que darle solución [al problema] intenta escapar de él (Ferrer, 2005: 61).

A finales del siglo XIX nace —y con ello respondemos la pregunta planteada— la propuesta de la doctrina alemana (*vid.* Miranda, 1997: 39) que es seguida por una buena parte de la doctrina europea (*vid.* Ferrer, 2005: 61) e iberoamericana (Miranda, 2009: 43), y que incluso hoy sigue vigente, en buena parte de nuestra actual cultura jurídica: la diferencia entre los dos tipos de verdades: 1). Material, y, 2). Procesal.

Son varios los autores que aluden a la diferencia entre verdad material y formal: Niceto Alcalá Zamora, Carlo Furno, Michelle Vocino, Frisch Walter (*cit.* en Taruffo, 2009: 24), Francesco Carnelutti y Juan Carlos Cabañas (*cit.* en Ferrer, 2005: 26). Aquí debemos identificar qué tipo de efecto puede generar la dualidad de la verdad. Manuel Miranda Estrampes, por ejemplo, niega la posibilidad de afirmar la verdad o falsedad respecto a eventos fuera del proceso judicial, al considerar que en esta instancia sólo importa la verdad generada dentro del proceso judicial, excluyendo así a la verdad material y su búsqueda en el proceso (2009: 44).

La verdad procesal es analizada por distintos juristas. Taruffo la refiere como una concepción ficticia o circular de la verdad, al sostener que “toda decisión procesal sobre los hechos

es verdadera por definición” (2009: 70). Por su parte, Ferrer Beltrán alude que la verdad procesal es “aquella que se obtiene en el proceso como resultado de la actividad probatoria [que aunque es deseable] puede coincidir o no con la [verdad] material, pero sería aquella [la] que gozaría de autoridad jurídica” (2005: 62).

Uno de los estudiosos que más influencia ha tenido en nuestra cultura jurídica respecto del tema que se relaciona con la diferencia entre verdad material y procesal, es Carnelutti. Si bien utiliza el término *prueba* en forma indistinta para referirlo a contextos jurídicos y científicos, se pronuncia a favor de una diferencia, según los contextos en que nos encontremos. Así, en contextos generales no jurídicos, probar significa demostrar la verdad de una proposición afirmada, pero en un contexto procesal judicial, Carnelutti afirma lo que sigue:

[...] de forma general, *probar* significa, en efecto, demostrar la verdad de una proposición afirmada. En cambio, en el ámbito jurídico, el control de los hechos controvertidos por parte del juez puede no realizarse mediante la búsqueda de la verdad, sino mediante los procedimientos de fijación formal [...]. Si la ley da cuenta de esos procesos bajo el nombre de la prueba, esto supone que el contenido del vocablo en el lenguaje jurídico se altera y se deforma. Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino *determinar o fijar formalmente los hechos mediante procedimientos específicos* (Ferrer, 2005: 38).

Si bien Carnelutti se mostró contrario a la formulación de dos tipos de verdad —material y formal— sosteniendo que sólo hay una, también lo es que en realidad, su propuesta marca la diferencia entre lo que se prueba fuera del proceso y lo que se prueba dentro del mismo. Esta diferencia resulta evidente cuando Carnelutti señala que la actividad probatoria que se desarrolla dentro del proceso judicial constituye una “fijación formal de los hechos”, lo que consideramos no es sino una referencia a un tipo de *prueba jurídica de los hechos* en la que criterios legales juegan un papel fundamental, pues cualquier regla que implique un límite a la libertad del juez conllevará, necesariamente, un límite para llegar a la verdad material:

[...] basta un *límite mínimo* a la libertad de búsqueda del juez para que el proceso de búsqueda de la verdad degenere en un proceso formal de fijación, en otros términos, la medida del límite es indiferente para la naturaleza del proceso. La verdad es

como el agua: o es pura o no es verdad. Cuando la búsqueda de la verdad material está limitada en el sentido de que ésta no puede *ser conocida en todo caso y mediante cualquier medio*, con independencia de si el límite es más o menos riguroso, el resultado es siempre el mismo: *no se trata ya de una búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos* (Carnelutti en Ferrer, 2005: 39).

Carnelutti propone terminar con el problema de la dualidad de la verdad, al referir que lo que se dice dentro de un proceso judicial sólo constituye una fijación formal de los hechos; empero, para Taruffo (2009: 24) tal diferencia resulta insostenible por los siguientes motivos:

a). La verdad procesal es establecida en un proceso (a diferencia de la que se consigue fuera del mismo) sobre la base de pruebas que están limitadas por reglas jurídicas y otras de distinta naturaleza (mientras que fuera del proceso no se tienen límites y se dispone de todo tipo de pruebas); no obstante, esta diferencia únicamente justificaría, en todo caso, que no sea posible obtener una verdad absoluta, lo que cual no significa que no se pueda obtener un mayor y mejor conocimiento sobre ella.

b). Si las reglas jurídicas referidas tanto a la regulación de la prueba como a su valoración fueran reducidas, ello haría imposible plantear y sostener una diferencia entre verdad procesal y verdad material.

Debemos tener presente que también se llegó a afirmar que la verdad “formal” es mutable, según la determine una instancia superior, *id est*, el *ad quem*, a diferencia de la verdad “material” que acontece o aconteció y de modo alguno puede ser mutable por alguna instancia jurisdiccional (Ferrer, 2005: 62). Incluso, la diferencia entre los dos tipos de verdad fue más allá, pues autores como Eugenio Florián, Rafael Jiménez Asensio, Antonio Quintano Ripollés *et al*, llegaron a sostener que en el campo del derecho procesal civil importa la verdad formal, a diferencia del proceso penal donde lo que interesa es la verdad material (Miranda, 1997: 39), lo que en realidad es contingente, pues dependerá más bien de las reglas y exigencias probatorias que se llegasen a establecer en cada legislación.

En la visión dual de verdad se establece la noción de verdad formal, no así la de verdad material, que a lo mucho se la identifica en contraposición a la formal, dejando vacío su significado, por lo que parece legítimo preguntarse ¿qué es la verdad material?

Quienes apuntan la diferencia entre *verdad formal, procesal, judicial, jurídica, relativa o forense* (vid. Miranda, 1997: 44) y *verdad material, objetiva, histórica, absoluta, empírica o real*, de modo alguno se ocupan de conceptualizar esta última, o si no, a lo mucho, se limitan a identificarla por oposición a la verdad formal (Taruffo, 2009: 25), es decir, únicamente se limitan a señalar que es la que se da fuera del proceso.

Para tratar averiguar qué significa *verdad material*, debemos acudir a la filosofía y la epistemología, pues en realidad nos encontramos ante un problema de la verdad en general y, en este campo, aquellas áreas del conocimiento humano tienen grandes aportaciones. No existe un único concepto de verdad, y si bien su conceptualización constituye un problema jurídico con ciertas peculiaridades, también lo es que no se trata sino de una variante de un problema genérico que ha sido analizado por aquellas ramas del conocimiento (Taruffo, 2009: 25).

Ferrer (2005: 62) señala que es plausible que la verdad material de un enunciado que describe hechos pueda tener sentido si se corresponde con el mundo empírico, con la ocurrencia o no de los hechos en la realidad empírica. Veamos la verdad material como correspondencia.

3.4.2. La verdad material como correspondencia

Si se acepta la propuesta de dar sentido a la verdad material con el concepto de verdad como correspondencia, entonces es necesario hacer una breve referencia a este concepto propuesto por Alfred Tarski (vid. Ubertis, 2017: 22; Taruffo, 2009: 59 y 169-170; Ferrajoli, 2004: 48, y Ferrer, 2005: 18 y 73-74), el cual ha sido retomado por diversos estudiosos, al considerar que posee criterios idóneos para lograr un mejor conocimiento sobre los hechos y, por ende, se torna como el más funcional en un proceso judicial (Ubertis, 2017: 23 y 24; Taruffo, 2009: 176, y Ferrajoli, 2004: 48).

La verdad como correspondencia sostiene que un hecho será verdadero si corresponde con la realidad. Luego, un enunciado que describa hechos será verdadero sólo si se corresponde con los hechos acontecidos en la realidad empírica (Taruffo, 2009: 169). Si contextualizamos

esta idea en el marco de una resolución judicial, tendríamos que concluir que un enunciado que se refiera a hechos será verdadero sólo si corresponde con los hechos acaecidos en el mundo real, de ahí que sea necesario probar la verdad de los enunciados fácticos en el proceso judicial. la metodología con la que se puede alcanzar o aproximar de mejor manera a esa verdad en el proceso judicial, es la probabilidad inductiva, como analizaremos más adelante.

Una vez que se ha estudiado la noción de verdad como correspondencia, debemos preguntarnos en qué medida es factible conocer la verdad de lo ocurrido, sobre todo si se tiene en cuenta que es bastante común que en el proceso judicial se exija conocer la verdad absoluta. En este sentido, nos ocuparemos de la siguiente interrogante: ¿Es posible o no conocer la verdad absoluta en el proceso judicial?

3.4.3. ¿La verdad absoluta en el proceso judicial?

La presente aportación se ubica en el área del conocimiento probabilístico o lógico inductivo (en el mismo sentido, *vid.* Gascón, 2010: 12), lo que obliga asumir como premisa fundamental la siguiente afirmación:

[...] el grado conocimiento que se llegue a obtener dentro de un proceso judicial, respecto a los enunciados que describan hechos no puede ser absoluto, en otras palabras, la verdad como correspondencia absoluta de una descripción del mundo real no es alcanzable con procedimientos cognoscitivos, por lo que sólo se constituirá como un valor-límite teórico de la verdad de la descripción (Taruffo, 2009: 180).

Si el razonamiento probatorio es siempre un razonamiento probabilístico, entonces, “nunca un conjunto de elementos de juicio, por más grande y relevante que éste sea, permitirá tener certezas racionales sobre la verdad de una hipótesis” (Ferrer, 2007: 91 y 2016: 217).

En el campo del razonamiento inductivo, debemos tener en consideración que sus postulados tendrán repercusiones tanto en el campo de la prueba judicial como en el de la ciencia en general (Ferrer, 2016: 217). Se reafirma que si aun fuera de un proceso judicial no es posible conocer la verdad absoluta (Ubertis, 2017: 13-18, y Taruffo, 2009: 177 y ss.), por

mayores razones no será factible que dicho nivel de conocimiento se obtenga dentro del proceso judicial donde limitaciones epistémicas y no epistémicas tienen una considerable repercusión para la obtención de aquella.

Por un lado, se encuentran las limitaciones propias del proceso judicial a la actividad probatoria que ya hemos indicado, en tanto que no se trata de una actividad libre en absoluto, sino que encuentra ciertas reglas que imponen límites temporales y procesales a la actividad probatoria, a los medios de prueba y sobre el resultado de las pruebas que repercuten en el cúmulo probatorio y su valor epistémico a considerar en la resolución. Pero también, por otro lado, se encuentran razones de orden epistemológico (*vid.* Gascón, 2009: 17), dado que el razonamiento probatorio se forma básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes de probabilidad.

Autores como Terence Anderson, David Schum y William Twining (2015: 302) aluden que hay básicamente cinco razones por las que en cualquier contexto, incluyendo al derecho, las conclusiones son necesariamente de una naturaleza probabilística:

- 1) La prueba está siempre incompleta ya que nunca se cuenta con toda;
- 2) La prueba es comúnmente no concluyente;
- 3) La prueba con la que se cuenta es comúnmente ambigua,
- 4) Los conjuntos de prueba son comúnmente discrepantes; y,
- 5) Las pruebas tienen diversos grados de credibilidad imperfectos.

Debemos destacar la coincidencia entre los autores citados respecto a que el mundo de las decisiones judiciales sobre los hechos, se ubica en un plano de probabilidad inductiva, lo que implica que aun y cuando se cuente con cúmulo probatorio epistémicamente rico, no será posible alcanzar la verdad “absoluta”. Es decir, el resultado probatorio no puede ser el de una certeza absoluta, sino que lo será con un cierto grado de confirmación o corroboración, tanto como humanamente sea posible (Ubertis, 2017: 23).

En su momento, Bentham sostuvo que “[l]a certeza, la absoluta certeza, es una satisfacción a la que nos acercamos continuamente en cualquier terreno de la investigación, pero que la inexorable naturaleza de las cosas ha puesto para siempre fuera del alcance” (*cit.* por Anderson, Schum y Twining, 2015: 282).

También vale la pena tener presente la siguiente afirmación de Taruffo:

En realidad, podría decirse que el proceso, al no ser una empresa científica o filosófica, no necesita de verdades absolutas, pudiéndose contentar con mucho menos, es decir, con verdades relativas de distintos tipos, pero suficientes para ofrecer una base razonablemente fundada a la decisión. En resumen: incluso si las verdades absolutas fueran posibles en abstracto, no serían necesarias en el proceso, y si aquellas fueran imposibles, no importaría a los efectos de lo que es necesario conocer en el proceso (Taruffo, 2009: 177).

Cuando Taruffo se refiere a verdades relativas, lo hace para indicar que el conocimiento de la verdad es posible circunscribirlo a un sistema de referencia, donde los grados o medidas de probabilidad puedan ubicarse a lo largo de una escala; en ella, un grado de conocimiento es un grado en la medida que se ubica en algún punto intermedio entre esos extremos y constituye, a su vez, un conocimiento relativo (2009: 179, 180 y 243).

Esto constituye un problema muy específico, por lo que para poner en evidencia esa especificidad y poder hablar en términos más objetivos, es que se habla de grados de apoyo o de confirmación (Taruffo, 2009: 179, 180 y 243). Grados de creencia y convencimiento sería una forma subjetiva de identificar la especificación referida.

Ya vemos que domina la opinión de que conseguir verdades absolutas no resulta posible en el margen de un proceso penal —pues en este sentido también se pronuncian Miranda (2018: 42 y ss.), y González (2013: 64 y 71)—. Incluso, Laudan refiere que la obtención de certezas absolutas —que implica estar totalmente seguros de la culpabilidad de una persona en un proceso penal—, llegó a ser considerada un estándar probatorio muy demandante, al grado que los filósofos y juristas de la Ilustración fueron dándose cuenta que en los asuntos humanos no era factible obtener certezas absolutas, en contraposición con las matemáticas o la lógica (2013: 64).

Debemos poner atención a la opinión de Taruffo (2009: 74 y 75), particularmente cuando afirma que no es posible obtener verdades absolutas ni fuera ni dentro de un proceso. Lo anterior, porque el poder reformador de nuestro país que impulsó la reforma constitucional de 2008, tomó en consideración la postura de este jurista, al efectuar su exposición de motivos para llevar a cabo la sustitución de los requisitos materiales para librar una orden de

aprehensión, emitir auto de formal prisión o sujeción a proceso, *id est*, el *cuerpo del delito* y la probable responsabilidad penal, por las diversas figuras del *hecho que la ley señala como delito* y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Entre los motivos expuestos por el legislador para aquella sustitución, está el argumento de que *el cuerpo del delito* partía de una epistemología muy ingenua al considerar que era posible *acreditar plenamente* hechos del pasado, remarcando el parlamentario que ello implicaba un estándar probatorio demasiado alto para una etapa procesal tan temprana, razón por la que era necesario efectuar una sustitución de aquella figura y de esta manera poder disminuir el estándar probatorio. Situación similar aconteció con la sustitución de la *probable responsabilidad* por la hoy conocida figura de la *probabilidad de intervención del sujeto en el hecho que la ley señala como delito*.

El Poder Legislativo asume la idea de que no es posible alcanzar la verdad absoluta, y que si para una sentencia definitiva es muy complejo referirse a una plenitud probatoria, cuanto más lo es para un momento tan inmediato en el proceso como cuando se emite un AVP. Al momento de que nuestros legisladores efectúan tales argumentos, aluden al pensamiento de Taruffo, señalando que la prueba de los hechos en el derecho —y en general en cualquier tipo de conocimiento empírico— está confinada a los marcos de la probabilidad que puede ser más o menos alta, según el tipo de decisión que se deba adoptar, por lo que si sistemas procesales más avanzados que el mexicano han renunciado ya al estándar de la certeza plena para decisiones definitivas sobre la responsabilidad, con mayor razón debería operar para decisiones intermedias, provisionales y revisables.

Ahora, consideramos que el poder reformador mexicano descontextualiza la visión de Taruffo sobre el tópico que nos ocupa, pues también habría dicho que en el proceso y fuera de él no se puede arribar a una verdad absoluta, por lo que quien genera la *absolutización* de la verdad para después afirmar que no es posible alcanzarla y que por ello se debe abandonar determinada empresa, en realidad está cerca de lo que Taruffo llama una caricaturización (2009: 46), y que lo único que se pretende con ello, es justificar la tesis de que en la práctica no es posible establecer la verdad, y de esta manera descartarla como uno de los objetivos del proceso judicial (2009: 74).

En realidad, Taruffo sostiene que el proceso busca la verdad de los hechos, pero asume la idea de que sólo es posible conocerla en términos de probabilidad (2009: 56), aludiendo la idea de la verdad relativa en el sentido de que la misma está dotada de distintos grados de aproximación a la hipótesis que representa la correspondencia perfecta con la realidad (2009: 243), pero el problema del conocimiento de la verdad en la visión de Taruffo no se refiere a categorías jurídicas como lo son el cuerpo del delito, probable responsabilidad, formas de intervención o hecho que la ley señala como delito, sino que se contextualiza en relación a enunciados que describen hechos, pues cabe recordar que una vez que se asuman como probados, se procederá a realizar el ejercicio que se relaciona con su calificación jurídica para verificar si encuadran o no en la norma jurídica.

Luego, si el estándar probatorio al que se refiere nuestro poder reformador no se vincula a las categorías jurídicas aludidas, sino más bien a la *quaestio facti*, entonces el problema relativo a la disminución o aumento del estándar probatorio no se soluciona —al menos en este caso— con la sustitución de instituciones jurídicas, como lo pretendió el legislador; incluso, parece sugerir que el problema de la verdad absoluta (plenitud probatoria) debe analizarse o posponerse hasta la resolución final, cuando lo cierto es que ya vimos que aun en esa etapa procedimental, la verdad absoluta estaría fuera de nuestro alcance.

En relación a la imposibilidad para alcanzar la verdad en un proceso judicial y la relevancia de establecerla como un ideal regulativo, Ferrajoli señala que un derecho penal totalmente “con verdad”, si “verdad” se entiende en sentido objetivo, corresponde a una utopía que es tan importante perseguir como ilusorio y peligroso creer posible alcanzar (2004).

Empero, el que no se pueda alcanzar la verdad absoluta en el proceso, no significa que su adopción como ideal regulativo se torne nociva o infructuosa, porque sabedores de que no será factible alcanzarla, resulta conveniente reconocerla como un punto de referencia al que se pretende llegar con la actividad probatoria que se desarrolla en el proceso judicial, pues en la medida que se hagan esfuerzos probatorios tendentes a alcanzarla, se propiciará la obtención de un grado de conocimiento más elevado sobre la verdad de los enunciados fácticos.

Karl Popper afirma que es necesario distinguir entre el hecho de no poder alcanzar certezas de ninguna hipótesis, y el hecho de que no se pudieran tener razones para preferir una hipó-

tesis explicativa respecto a otra, pues no todas las hipótesis tendrían el mismo grado de fundamentación o corroboración (Ferrer, 2016: 218), por lo que se debe analizar el grado de conocimiento con que se puede conocer la realidad, e identificar el grado que resulta suficiente para la toma de decisión en el proceso judicial.

3.4.4. Grados de conocimiento de la verdad

Al ser el razonamiento probatorio judicial de tipo “probabilístico”, se debe tener presente que es el conocimiento —y no la verdad— lo que puede ser graduable. Esto, a su vez, nos obliga a considerar la “relación teleológica entre prueba y verdad”, es decir, la que sostiene una relación de medio (prueba) a fin (verdad). Estas dos consideraciones son importantes porque si para averiguar la verdad es necesario probar enunciados que describen hechos acaecidos en la realidad (Taruffo, 2009: 89), entonces esa comprobación es graduable y puede darse bajo distintos grados corroboración que, a su vez, posibilita puedan satisfacerse distintos estándares probatorios (Ferrer, 2005: 69).

Esto es así porque la verdad no es condición necesaria para que pueda declararse probado un enunciado fáctico, contrario a lo que acontece en la relación conceptual entre prueba y verdad, donde no es posible graduar el conocimiento sobre la verdad, lo que implica una evidente incompatibilidad con la probabilidad inductiva y, por consiguiente, con el uso de estándares de prueba (*vid.* González, 2014: 94). Luego, si la verdad no puede alcanzarse en términos absolutos, debemos delimitar cuál es el grado de conocimiento probabilístico e inductivo que se requiere llegar a conocer.

Un grado de conocimiento, dice Taruffo (2009: 180), es un grado en la medida que se ubica en algún punto intermedio entre el desconocimiento y el conocimiento de la verdad “absoluta” de un hecho (2009: 180). Esos grados o medidas de conocimiento bien podrían situarse a lo largo de una escala en la que puedan ser ordenados, distinguidos y comparados. En un extremo se ubicaría el desconocimiento, y en el otro, se tendría a la verdad absoluta que se instituye como un punto de referencia o ideal que se pretende alcanzar.

En las probabilidades baconianas de Laurence Cohen (*cit.* por Anderson, Schum y Twining, 2015: 316), la probabilidad cero significa una ausencia de prueba más que refutación. Entonces, si se parte de que el grado cero deriva de la inexistencia de elementos probatorios

que puedan hacer creíble a los enunciados fácticos con la verdad, entonces a partir de ese grado cero será posible que los grados de conocimiento vayan en aumento como consecuencia de que se irán generando elementos probatorios que permitan ir confirmado cada vez más la hipótesis fáctica y, con ello, aproximarse al conocimiento de la verdad y alejándose así del desconocimiento. Este tipo de grados de conocimiento serían en sentido positivo, pero también los hay en sentido negativo como cuando se está más cerca del desconocimiento y, por ende, más alejado de la verdad (Taruffo, 2009: 179 y 180).

En otras palabras, el apoyo empírico que ofrezcan los elementos probatorios permitirá establecer un cierto grado de corroboración, confirmación o conocimiento de las hipótesis fácticas (Ferrer, 2007: 47), contextualizado dichos grados de conocimiento en un esquema racional y libre de la valoración de la prueba.

Si bien la incertidumbre constituye un problema relevante dentro del razonamiento inductivo, ello no significa que no se pueda optar por la hipótesis que se encuentre racionalmente mejor probada; después de todo, a decir de Max Blanck, “cualquiera que aspire a la racionalidad debe guiarse ante la incertidumbre por probabilidades” (*cit.* por Ferrer, 2007: 93).

Taruffo (2009: 191) afirma que la incertidumbre no es sinónimo de irracionalidad, porque se trata de problemas que se deben resolver con métodos distintos a la lógica binaria, o sea, que es necesario acudir a concepciones de conocimiento probabilístico que, si bien no puede dar el fundamento de una verdad absoluta, sí aporta un sustitutivo racional. El hecho de ubicarnos en el campo del razonamiento probabilístico, implica identificar cuál es la que mejor concepción que se ajusta a la determinación judicial de los hechos.

Los diversos tipos de razonamiento probabilístico desde no hace poco, se han venido ocupando de encontrar la mejor noción de probabilidad para la determinación judicial de los hechos. Con todo, nos limitamos a las dos concepciones que han inspirado la racionalización de la incertidumbre en ese problema de la determinación judicial de los hechos: 1). Probabilidad matemática y, 2). Probabilidad lógica o inductiva. Haremos una breve referencia al primer tipo de probabilidad que se alude, dado que importa analizar con mayor detenimiento al segundo tipo de probabilidad que, a decir de diversos autores, es la que mejores soluciones ofrece al problema que ahora nos ocupa (*vid.* Taruffo, 2009: 237, y Ferrer, 2009: 26 y 92).

3.4.4.1. Probabilidad

Se dice que existen dos modelos principales encargados de valorar los grados de probabilidad de una hipótesis fáctica: a) El modelo de valoración sustentado en métodos matemáticos, donde tiene implicación la probabilidad matemática o estadística; y, b) El modelo de valoración que se sustenta en esquemas de confirmación bajo una probabilidad lógica o inductiva (*cfr.* Gascón, 2010: 144 y 145).

Autores como Ferrer (2007), señalan que la probabilidad puede distinguirse en probabilidad de eventos o sucesos y probabilidad de proposiciones. A su vez, la probabilidad de proposiciones puede dividirse en probabilidad inductiva y probabilidad subjetiva.

La probabilidad matemática, estadística, frecuentista o cuantitativa se sustenta en el teorema de Thomas Bayes, y se le suele identificar como objetiva, porque mide la frecuencia con la que un suceso se produce en una sucesión de eventos tendencialmente infinita (*vid.* Ferrer, 2007: 94). También existe una versión subjetiva, que pretende racionalizar el convencimiento de que un evento pueda llegar a ocurrir o haya acontecido, pues la probabilidad cuantitativa será la medida del convencimiento racional del evento o el grado en que se considera que es racional sostener su verdad, cuestión que se determina mediante un cálculo en el que se considera tanto el grado subjetivo de adhesión a una hipótesis fáctica, como el grado en que se considere aceptable la hipótesis sobre la frecuencia en que se presenta el hecho que se busca conocer (*cfr.* Taruffo, 2009: 193 y 194, y Laudan, 2011: 63 y ss.).

Para esta última concepción, probabilidad es la medida de la incertidumbre de un fenómeno del que no se puede predicar su falsedad o inexistencia, como tampoco su verdad o existencia (Taruffo, 2009: 193). Las teorías de las probabilidades cuantitativas, entre las que se encuentra la de Bayes, buscan determinar con precisión una cantidad numérica del grado de aceptabilidad que tiene una hipótesis fáctica sobre la base de elementos de prueba disponibles (Taruffo, 2009: 206).

No sólo Taruffo considera que la probabilidad objetiva y subjetiva sustentadas en términos estadísticos resultan inviables para cuestiones relacionadas con la valoración de pruebas y la determinación judicial de los hechos: esa idea también es compartida por otros estudiosos, entre ellos, Laudan (*vid.* 2013: 121 y 122), y González (*vid.* 2014: 111 y ss.).

En cambio, en la probabilidad sobre proposiciones se aplica una noción epistemológica de probabilidad, porque mide nuestro grado de conocimiento del mundo. Esta noción presenta dos corrientes: a). *la probabilidad lógica o inductiva*; y, b). *la probabilidad subjetiva*. La primera será tratada a detalle enseguida, mientras que la probabilidad en clave subjetiva, al no ser de especial interés a los efectos del presente documento, sólo diremos que se trata de una probabilidad donde un sujeto asigna a una proposición una medida del grado de creencia racional que esa persona tiene sobre la verdad de algún enunciado fáctico, sobre la base de ciertos elementos de prueba (*vid.* Ferrer 2007: 94-96, y Haack, 2013: 83 y ss.).

3.4.4.2. Probabilidad lógica o inductiva

Dijimos que existen dos concepciones probabilísticas que han inspirado el mayor número de teorías que buscan racionalizar la incertidumbre que caracteriza al problema de la determinación judicial de los hechos: la probabilidad estadística o matemática y la probabilidad inductiva. También dijimos que la primera no resulta funcional a los fines de la determinación de los hechos en un proceso judicial. Por ello, analizaremos al segundo tipo de probabilidad.

Si bien la probabilidad inductiva no resuelve toda la problemática que tiene que ver con la valoración de la prueba y la determinación judicial de los hechos, sí resulta en gran medida muy útil para racionalizar el problema relacionado con la decisión judicial de la prueba de los enunciados que afirman la existencia de hechos en un proceso judicial (*vid.* Taruffo, 2009: 228 y 237, y Ferrer, 2007: 121).

Este tipo de probabilidad se caracteriza por el método que utiliza, *id est*, el de la inducción eliminativa. Uno de los autores más influyentes que aplica y desarrolla esta forma de probabilidad es Laurence Cohen, quien a su vez sustenta sus estudios en los postulados de la probabilidad baconiana (*vid.* Taruffo, 2009: 225, y Anderson, Schum y Twining, 2015: 317).

La probabilidad inductiva se puede conceptualizar como “el grado de apoyo de una hipótesis fundada sobre pruebas relevantes concretamente disponibles” (Taruffo, 2009: 227, y Gascón, 2010: 155). Este tipo de probabilidad constituye la mejor opción para establecer un esquema de valoración de la prueba dentro de un proceso judicial que busca probar enunciados que refieren hechos, pues permite establecer de forma independiente para cada hipótesis fáctica un grado de fundamentación, de acuerdo a los elementos probatorios con los que se

cuenta para tal efecto. Esto pone en claro que el grado de corroboración va a depender de cuánto sustento empírico puedan aportar los elementos de prueba disponibles, que deban ser analizados bajo la óptica de la inducción eliminativa, dando cuenta así del vínculo imprescindible que debe existir entre el grado probabilidad que se llegue a establecer y los elementos de prueba que la sustenten (*vid.* Taruffo, 2009: 225).

El hecho de establecer el grado de corroboración que aportan los elementos de juicio a favor de una hipótesis fáctica, hace posible que cada hipótesis fáctica puede obtener un grado de confirmación independiente al que otras hipótesis pueden adquirir (*vid.* Taruffo, 2009: 250 y 251, Anderson, Schum y Twining, 2015: 317, y Ferrer, 2007: 122), desvinculándose así del principio de completitud que rige para la probabilidad numérica. Esto último es importante porque, por un lado, se evitan las problemáticas que conlleva el principio de completitud, y por el otro, no hay inconveniente para que los grados de corroboración que puedan tener las hipótesis fácticas pueden ordenarse y compararse con los grados de corroboración de otras hipótesis fácticas, y verificar cuál es la que cuenta con mayor apoyo empírico.

Otra de las ventajas de la probabilidad inductiva, es que permite establecer la solidez de las inferencias que comúnmente se realizan al momento de valorar la prueba en el ámbito judicial para establecer conclusiones, que a su vez permitan el paso a otras inferencias, pues al poder utilizar el razonamiento deductivo, es necesario acudir a la inducción eliminativa que permite fortalecer —en la medida en que supere el test que busca eliminarla o probar su falsedad— el razonamiento que se realiza con base en los medios de prueba que hayan sido efectivamente portados y prácticas en juicio o etapa procesal en que deba una decisión.

Así, podemos advertir una sana correlación entre la valoración racional de la prueba y el estándar probatorio formulado de forma objetiva, dado que bajo esquemas de racionalidad se obtienen grados de corroboración sobre las hipótesis fácticas que, al ser ordenadas y comparadas, permitirán verificar cuál de ellas logra satisfacer el estándar de prueba que se requiere para la toma de decisión. Y es que en su conjunto aseguran objetivamente la validación de hipótesis fácticas que se pueden llegar a admitir como verdaderas, pues ante la falta de cualquiera de esos elementos, *id est* el EP, poco alentador sería contar con criterios objetivos y óptimos que aseguren una valoración de la prueba de manera correcta, ya que ante la ausencia de un EP —y no obstante la existencia de criterios racionales para valorar la prueba—, el

juzgador puede llegar a considerar que está convencido de que la verdad es una distinta a la que los elementos probatorios parecen mostrar (Vázquez, 2013: 20 y 21, Pardo, 2013: 104).

Una vez que se ha establecido que no es posible llegar a conocer la verdad en forma absoluta, sino que más bien ese conocimiento se sustenta en una probabilidad inductiva, es necesario conocer cuál es el grado de conocimiento o corroboración que se debe satisfacer a los efectos de admitir como probada una hipótesis fáctica, circunstancia que nos lleva a analizar el siguiente apartado.

3.4.4.3. ¿Es necesario un estándar probatorio en un proceso judicial?

Resulta fundamental que la defensa, y en general cualquier parte procesal, tenga en claro cuáles son los estándares probatorios que se requieren satisfacer para que en las diferentes decisiones se pueda aceptar que la hipótesis de defensa se encuentra corroborada.

Al inicio de todo proceso judicial, los enunciados fácticos que sustenta las partes presentan una incertidumbre epistémica. Resolver sobre esta incertidumbre es tarea del juzgador —que también trabaja y resuelve desde la incertidumbre— al momento de pronunciar su resolución definitiva donde determina el grado de corroboración que tiene cada una de las hipótesis fácticas para, en su caso, resolver si alguna de ellas puede ser aceptada como probada. No obstante, esta aceptabilidad no es exclusiva de la resolución final, sino que se requiere en toda decisión que implique resolver sobre la prueba de enunciados que describen hechos.

La “aceptabilidad” es un criterio importante, porque con él es posible identificar cuándo se puede admitir como probada una hipótesis fáctica. En este sentido, Cohen consideraba que “un veredicto [sentencia] declara aquello que el jurado [juez] acepta, no aquello en lo que cree” (Ferrer, 2016: 232). Otros autores se refieren a este criterio y señalan que es fundamental instaurar criterios con los que se pueda establecer si el grado de apoyo probatorio que tiene un enunciado fáctico es suficiente para, objetivamente, poder aceptarlo como probado (Cohen, Wroblewsky, Ullmann-Margalit, *cit.* por Ferrer, 2005: 75; Taruffo, 1999: 295 y 243, y Gascón, 2010: 159). Cohen, señala que “[...] la aceptación de una proposición ‘p’ es un estado mental consistente en tener o adoptar la política de usar ‘p’ en el razonamiento en algunos o en todos los contextos [...]” (*cit.* en Ferrer, 2005: 90).

A decir de Ferrer (2016: 233), el *criterio de aceptabilidad* presenta dos características definitorias: La primera radica en que se trata de un acto voluntario, es decir, el sujeto decide aceptar como verdadera la hipótesis. Las razones para esto no necesariamente son epistémicas, sin perjuicio de que pueda existir una coincidencia entre la voluntad de aceptarla como verdadera —aun y cuando no la crea— por razones epistémicas para ello. La segunda característica tiene que ver con el hecho de que la aceptación depende de un contexto de elementos de juicio.

Por ahora, resulta necesario plantear y responder la siguiente pregunta: ¿Cuándo y bajo qué parámetros se puede considerar que existe suficiencia de elementos probatorios o grados de corroboración que permitan “aceptar” que una hipótesis fáctica está probada o, de ser el caso, “aceptarla” provisionalmente como probada? Parece que la respuesta a esta interrogante se encuentra en el EP que se llegase a adoptar en el proceso judicial o en cada una de las etapas que lo integran; después de todo, en el proceso penal suelen interactuar distintos estándares probatorios; esta idea es asumida por Ferrer en varias de sus obras (*vid.* 2016: 218), y por Anderson, Schum y Twining (2015: 284).

Luego, el estándar probatorio tiene como propósito (Anderson, Schum y Twining (2015: 299), precisar de manera objetiva el umbral o nivel de suficiencia probatoria que debe ser satisfecho, para aceptar que un enunciado fáctico ha sido probado. Si esto es así, la aceptabilidad de la hipótesis fáctica será distinta y dependerá del tipo de proceso judicial en el que nos encontremos o, en su caso, de la etapa procedimental en que deba adoptarse una decisión judicial sobre hechos.

Se dice que uno de los aspectos en que la teoría racional de la prueba tiene más camino por recorrer, se relaciona con la necesidad de establecer estándares probatorios para las diversas resoluciones judiciales, y de esta manera dotarlas de racionalidad al momento de una determinación. Esta afirmación es mayormente cierta en el caso mexicano, pues hemos estado inertes en este tipo de cuestiones probatorias porque durante mucho tiempo nuestro sistema funcionó, en gran parte, bajo fórmulas de la prueba tasada, circunstancia que impedía que nos inmiscuyéramos en los menesteres del razonamiento probatorio.

Es así que un EP es necesario para el juez, pero también para las partes, pues posibilita identificar el momento epistémico en que se alcanza la suficiencia probatoria para aceptar

una hipótesis fáctica como probada en un proceso judicial. El caso contrario, es no contar con estándares de prueba o que éstos sean indeterminados, por lo que difícilmente podría identificarse de manera racional el instante en que debe aceptarse como probada una hipótesis fáctica (*vid.* Ferrer, 2016: 218).

La seguridad jurídica que debe imperar en un proceso judicial, es sin duda un motivo poderoso para exigir la instauración de estándares de prueba, pues generan seguridad a las partes, previo a la decisión jurisdiccional (Ferrer, 2016: 240), lo que les posibilita dirigir sus esfuerzos epistémicos a satisfacer tal estándar. La existencia de un EP también parece tener sustento en la presunción de inocencia en su acepción de regla de juicio, pues para declarar derrotado dicho principio, se requiere saber cuál es el grado de suficiencia probatoria que se necesita satisfacer para tal efecto (Ferrer, 2016: 240).

En el caso del AVP, parece ser la seguridad jurídica y la presunción de inocencia en su acepción de regla de trato procesal las que requieren conocer cuál es el EP suficiente para que se puedan aceptar como probados de manera provisional los enunciados fácticos, si bien no para derrotar la presunción de inocencia, sí para racionalizar su acotamiento.

Para la decisión definitiva en un proceso penal, se ha fijado el EP identificado como “más allá de toda duda razonable”, pero para resoluciones previas y provisionales —*id est*, para emitir una orden de aprehensión, aplicar una medida cautelar como arraigo, prisión preventiva, o dictar auto de vinculación a proceso— no parece estar tan claro cuáles son los estándares probatorios que se deben satisfacerse a los efectos de que el órgano decisor determine si las hipótesis fácticas han quedado o no probadas. Incluso, para admitir a trámite un procedimiento abreviado es necesario satisfacer, entre otros requisitos, conforme al artículo 20, apartado A, fracción VII de nuestra CPEUM y 203 del CNPP, que el juez verifique que *existen medios de convicción suficientes* que sustenten la imputación, pues en el caso de que no se cuente con esa suficiencia probatoria no podría aceptarse a trámite el mismo.

Cabe precisar sobre este tema que la Primera Sala de la SCJN ya se pronunció en el Amparo Directo en Revisión 1619/2015, donde indico que la expresión “existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación/acusación” a que se refiere el artículo 20 Constitucional, no debe interpretarse en el sentido de que el juez debe hacer un ejercicio de

valoración probatoria para verificar que existen elementos probatorios suficientes que sustenten la acusación, esto es, analizar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación y, se ser sí, autorice a trámite el procedimiento abreviado pero, caso contrario, deberá rechazarlo y continuar con el proceso ordinario. Es decir, parece que no se trata de un estándar probatorio que implique la comprobación del delito y responsabilidad penal, sino que únicamente debe verificarse que existen los elementos probatorios suficientes para sustentar la acusación, y de esta manera, se justifique la autorización para el trámite de dicha forma de terminación anticipada del procedimiento donde, se dice, no opera el estándar del más allá de toda duda razonable. Todo esto puede verse en los siguientes extractos de la ejecutoria que se menciona y que dio lugar a las tesis 1a. CCIX/2016, 1a. CCX/2016, 1a. CCXI/2016, 1a. CCXII/2016 y 1a. CCXIII/2016:

79. Ahora bien [para la SCJN] no pasa desapercibido el hecho de que el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Federal, establece que se puede decretar la terminación anticipada del proceso penal, si el imputado reconoce su participación en el delito y si “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”. Sin embargo, la locución “medios de convicción suficientes” no puede confundirse, interpretarse o asignarle como sentido que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público.

80. Ello es así, porque la labor del juez de control se constriñe a determinar si la acusación del imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que haya suficientes medios de convicción que la sustenten, es decir, que la aceptación del acusado de su participación en el delito no sea el único dato de prueba, sino que se encuentra relacionada con otros datos que le dan congruencia a las razones de la acusación. De no considerarse así, no tendría sentido contar con un procedimiento especial abreviado, pues éste se convertiría en un juicio oral un tanto más simplificado, otorgándole la misma carga al juzgador de valorar los datos de prueba para comprobar la acusación y premiando al imputado con el beneficio de penas disminuidas.

[...]

82. En ese sentido, en el supuesto que de que no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación; es decir, que la acusación no tenga sustento lógico en otros datos diversos a la aceptación del acusado de haber participado en la comisión del delito, el juzgador estará en posibilidad de rechazar la tramitación del procedimiento especial abreviado. Sin que lo anterior implique que el resultado dependa de la valoración que la autoridad judicial deba realizar de los medios de convicción sustento de la acusación, a fin de declarar el acreditamiento del delito y afirmar la responsabilidad penal del acusado.

[...]

Los anteriores argumentos fueron retomados por la misma Primera Sala de la SCJN al resolver la contradicción de tesis contradicción de tesis 56/2016 —de donde derivo la jurisprudencia 34/2018— y establecer el significado a la expresión “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, contenida en el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución General, indicando que se traduce en la obligación del juzgador de revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción reseñados por el Ministerio Público para sustentar la acusación.

Hasta aquí hemos analizado diversos tópicos del razonamiento probatorio que resultan importantes para el proceso penal en general y, en lo que ahora nos importa, para los derechos a la defensa y a la prueba, pues es necesario comprender dichos tópicos porque gran parte de la actividad de la defensa tiene que ver, bien con la comprobación de su hipótesis fáctica de inocencia, bien con la refutación de la hipótesis fáctica incriminatoria, o bien con comprobación de aspectos fácticos para la defensa de otros derechos fundamentales del justiciable; en cualquier caso, consideramos que lo dicho en este capítulo, debe ser tenido en consideración de manera relevante para desarrollar las diversas actividades a las que esta llamada la defensa, estas son, alegar, probar e impugnar.

Nos hemos ocupado del derecho a la prueba, y ahora resulta oportuno analizar los demás elementos que conforman el derecho a la defensa, y después enfatizar el papel de la misma en el proceso penal acusatorio.

CAPÍTULO CUARTO

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA DEFENSA TÉCNICA, EFECTIVA Y ADECUADA EN EL PROCESO PENAL

Como ya se dijo, la Ilustración logró transformar diversas áreas de la vida de las personas en sociedad y del diseño mismo del Estado, repercutiendo en el reconocimiento de los derechos humanos que, a su vez, constituyen la base del garantismo penal, pues esta corriente de pensamiento se encuentra fuertemente influenciada por aquel pensamiento.

Recordemos que Ferrajoli (2004:33) ha sostenido que el derecho penal desarrollado en los ordenamientos jurídicos, constituye el producto de un pensamiento mayormente moderno, incluso los principios que dan sustento a su modelo garantista clásico son, en mayor medida, producto del pensamiento ilustrado y liberal. Esto se conecta con los fines del sistema de justicia penal que se instauró con motivo de la reforma constitucional de 2008 en nuestro país, donde el legislador buscó instaurar un sistema de justicia mayormente garantista, de ahí que las bases ilustradas y liberales conectan de modo diverso con el garantismo que se pretende inocular en nuestro actual sistema de justicia penal.

Y entre estos dividendos de la evolución normativa, el sistema de justicia el derecho a la defensa debe ser visualizado como un producto cuyas bases ideológicas han pasado por una doble fragua: el pensamiento ilustrado y liberal y el garantismo penal.

También hemos hecho alusión al concepto y naturaleza jurídica del derecho a la defensa —como derecho fundamental y garantía— así como a sus elementos, como el derecho a la prueba, destacando que aquel resulta sustancial porque una de las mejores maneras de establecer una defensa, es mediante una debida reglamentación de la actividad probatoria, y en relación a esto coincidimos con juristas como Giulio Ubertis, cuando afirma que la mejor manera de defenderse es probando —bien la verdad de un enunciado que describe hechos, o bien refutando o probando la falsedad de una hipótesis fáctica incriminatoria.

Esta parte de la idea de que en el caso del proceso penal acusatorio de nuestro país, uno de sus objetivos principales tiene que ver con el esclarecimiento de los hechos, *id est*, la verdad, entonces la actividad probatoria que la defensa desarrolle a lo largo del procedimiento penal, es fundamental en el momento de diseñar y llevar a buen puerto la estrategia de defensa.

Ahora, preparar y desarrollar el derecho a la defensa en el proceso penal acusatorio, con cualidades de orden técnico, efectivo y adecuado, implica que cada uno de los elementos que integran el derecho fundamental a la defensa, tengan asegurados otros requisitos más específicos que resultan significativos, como veremos enseguida.

En consecuencia, procedemos al análisis de cada una de las partes que integran el derecho a la defensa y su contenido, para después describir el papel del derecho fundamental a la defensa en cada una de las etapas del procedimiento penal, a efecto de visualizar si la forma en que se encuentra regulado resulta acorde a los cánones vigentes de un Estado democrático de derecho.

Partimos de la idea de que los adjetivos “técnica” y “efectiva” que califican al derecho a la defensa, resultan importantes para que se torne “adecuada”, es decir, constituyen condiciones necesarias aunque no suficientes, para afirmar que la defensa es adecuada. Esto es así porque el hecho de que el justiciable cuente con un órgano técnico, es decir, que el defensor sea licenciado en derecho o abogado titulado (este último, porque ciertas universidades expiden así el título), si bien asegura la cualidad *técnica*, por sí misma no resulta suficiente para asegurar que es *efectiva*, pues para esto será necesario que se satisfagan otras tantas cualidades. Pensemos en que el defensor realiza actividades propias que puedan ser consideradas efectivas; sin embargo, si no son desarrolladas por un licenciado en derecho o abogado titulado, no se podría afirmar que la defensa sea adecuada. En tal sentido, ambos adjetivos son condiciones necesarias para afirmar la existencia de una defensa adecuada.

Asimismo, hemos referido que entre los elementos del derecho a la defensa, se encuentran:

(1) la dualidad del derecho a la defensa, (2) el derecho a ser informado de los cargos y acceder a toda la información que la soporta en forma completa y oportuna, (3) el principio

de contradicción, (4) el derecho a la prueba, (5) el derecho a alegar, y (6) el derecho a impugnar. Los elementos 3, 4 y 6 han sido abordados ya en el anterior capítulo, por lo que ahora analizaremos los demás elementos.

Será necesario que la defensa tenga aseguradas ciertas garantías para su adecuado desenvolvimiento: debido proceso, igualdad procesal y seguridad jurídica. Si a los elementos que integran al derecho a la defensa se les asegura esas garantías, podrían ser condiciones necesarias y suficientes para aseverar la existencia de una defensa técnica, efectiva y adecuada.

4.1. La dualidad del derecho a la defensa

Hablamos de que la defensa es dual porque se integra, por dos sujetos procesales que en su conjunto constituyen una sola parte: el justiciable y el defensor (Gimeno, 2015: 29).

La dualidad de la defensa implica que, por una parte, la defensa pueda ser ejercida por el justiciable de manera directa —se conoce como “autodefensa” o defensa material, donde la persona sujeta a un procedimiento penal podrá desplegar de manera directa los actos de defensa—, y por la otra, la defensa también puede —y en realidad debe ser— ejercida por una persona profesional o técnico en la materia, *id est*, una defensa formal. Tenemos entonces, una defensa material y una defensa formal (Vélez, s/a: 147 y Gutiérrez-Alviz, 2012: 49).

Debemos reiterar que la titularidad del derecho a la defensa la tiene el justiciable, mientras que al defensor le nace legitimación para ejercer actos de defensa en el momento en que el justiciable lo designa como tal, y aquel acepta dicho cargo en términos de la ley procesal. Esto significa que la persona que ejerza el cargo de defensor y tenga la calidad de licenciado en derecho o abogado titulado, formal y materialmente constituye un órgano técnico defensa, hecho significativo porque un sector del pensamiento ilustrado procuró tal escenario para el desarrollo de defensa. Ahora, expondremos cada de los elementos de la defensa dual.

4.1.1. La autodefensa o defensa material: concepto y fundamento

En el tercer capítulo formulamos las siguientes interrogantes en relación a la autodefensa: (1) ¿en qué consiste la autodefensa?, (2) ¿qué características debe tener la autodefensa? y (3) ¿por qué deberían ser importantes esas características?

De inicio, si un sistema normativo fuese sencillo y su entendimiento estuviese al alcance de todos los ciudadanos, cada persona podría dirigir y defender su propio caso, tal y como lo hace con sus demás asuntos personales (Bentham, *cit.* por Ferrajoli, 2004: 614). Empero, el diseño del proceso resulta muy técnico para personas legas, incluso en no pocos sentidos también lo es para los juristas. Esto último justifica la presencia y asistencia letrada a favor de los justiciables —ya desde el liberalismo clásico, Bentham (1843: 106) ofrecía las razones de por qué un defensor profesional debía representar a una persona acusada de ilícitos. Esto en modo alguno implica que, en tanto titular del derecho a la defensa, el justiciable no pueda desarrollar de manera personal y directa actos de defensa en su favor, como alegar, guardar silencio, probar o impugnar (Gimeno, 2015: 286).

El que el justiciable pueda desarrollar actos de defensa en su favor de manera directa, es lo que ya identificamos como autodefensa (Gimeno, 2015: 278 y 285). Aunque algunos autores y la doctrina judicial (*vid.* Gutiérrez-Alviz, 2012: 41) utilizan indiferentemente los términos *autodefensa* y *defensa privada*, preferimos reservar el término defensa privada para el supuesto de la defensa es desarrollada por un letrado privado, pues atendiendo al carácter de defensor, se puede hablar de defensa pública o defensa privada.

Entonces, la autodefensa constituye aquella potestad que tiene el justiciable para poder desarrollar de manera directa su defensa, sea alegando, comprobando, impugnando o guardando silencio. El derecho a defenderse por sí mismo se encuentra reconocido tanto en la CADH como en el PIDCP.

Dos cuestiones que nos parecen importantes y que representan cierta complejidad en la autodefensa, tienen que ver con determinar lo que sigue: (1) ¿qué tipo de acciones son las que puede y no puede hacer el justiciable para defenderse?, y (2) ¿cuáles deberían ser los límites de estas acciones que despliega el justiciable? La primera cuestión parece relativamente fácil de solventar, pues diremos que el justiciable se puede defender alegando, probando, impugnando o guardando silencio, como se ha indicado.

La problemática tiene que ver con la segunda cuestión, pues la gran mayoría de los justiciables no tienen los conocimientos para poder prever las consecuencias de sus actos de defensa, y más que defenderse podrían perjudicarse, de ahí la justificación de la asistencia le-

trada, aun cuando existen actos de autodefensa que únicamente pueden desarrollar los justiciables, como el derecho a defenderse guardando silencio o defenderse declarando —en los que la función del defensor técnico se limitará a informarle o asesorarle sobre los pormenores de esos actos que puede ejercer—. La problemática puede advertirse en los límites que se le pueden imponer al practicar prueba, por ejemplo, en los interrogatorios que se pretenda formular a los testigos de cargo. Las formas en que debe desarrollarse el interrogatorio directo o indirecto, requieren ciertos conocimientos para ejecutarlos, de ahí que sea el defensor letrado quien suela realizarlos, porque supone conocimiento y habilidad procesal; sin embargo, este tipo de casos nos muestra hasta dónde se debe permitir que la persona procesada pueda desarrollar actos de defensa, y cuáles serían las consecutivas en el caso de que no se le permita ejercer dichos actos de defensa de manera directa, pues ha habido situaciones donde el Tribunal de Casación determinó la nulidad de una sentencia que emitió una Sala Provincial por no permitirle realizar los interrogatorios de manera directa al justiciable (Gutiérrez-Alviz, 2012: 41). Así, connotamos la necesidad y relevancia de establecer los límites de la autodefensa, por las consecuencias que la misma pueda generar.

4.2. Requisitos de la autodefensa i).

Capacidad de discernimiento

En relación a los elementos que configuran la autodefensa, debemos tener presente, en primer lugar que es necesario que el justiciable tenga la capacidad de discernimiento para poder realizar tan importante labor (Gimeno, 2015: 285).

ii). Potestativa

La autodefensa en tanto derecho es potestativa, por lo que el justiciable tiene la libertad de elegir si la ejerce o no, pues no se le puede obligar a ello. Distinta es la cuestión a decidir sobre la asistencia de un defensor particular o público, pues si bien tiene la libertad de elegir al defensor privado que desee, en el caso de que no lo haga, se le asignará uno.

iii). Asesoramiento o auxilio técnico

En caso de que el justiciable decida ejercer la autodefensa, debe tener a un órgano técnico que lo asesore o auxilie en las actividades que desee realizar: *id est*, para realizar sus alegatos

tendrá que contar con el asesoramiento profesional sobre la cita pertinente de leyes, doctrina o jurisprudencia, así como para tener la seguridad de los alcances de sus alegaciones, es decir, que lo que diga no constituya de alguna manera una confesión o aporte información que pueda ser utilizada en su contra. Del mismo modo, tendrá que saber los alcances, los pro y contra en el caso de que decida no guardar silencio, así como asesorarle para el ofrecimiento, preparación o desahogo de algún acto de investigación o medio de prueba, y por supuesto para interponer recursos.

iv). Derecho a la última palabra

El derecho a la defensa no sólo implica que el justiciable se pueda defender por sí mismo o a través de su defensor. Su relevancia es tal que se ve robustecido con lo que en la doctrina y jurisprudencia se conoce como *derecho a la última palabra*. Se trata de la “manifestación más expresiva y geniuada de la autodefensa” (Gutiérrez-Alviz, 2012: 42) cuyo sustento no es otro que la máxima de que nadie puede ser condenado sin ser oído en su máxima expresión.

El artículo 66 del CNPP maximiza el derecho a la defensa, pues indica que el imputado o su defensor podrán hacer uso de la palabra en último lugar, por lo que el órgano jurisdiccional que preside la audiencia, preguntará siempre al imputado o su defensor, antes de cerrar el debate o la audiencia misma, si quieren hacer uso de la palabra, concediéndosela en caso afirmativo. Su uso es potestativo, en deferencia a los diversos derechos a guardar silencio y a la no autoincriminación en el caso del justiciable. Cuando no se confiere esta potestad o se le expulsa de la sala de audiencia sin fundamento o justificación, se trastoca este derecho.

En España, nos dice Vicente Gimeno Sendra (2015: 297), el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han establecido la obligatoriedad de observar este derecho, pues se le asume como máximo exponente del principio de que nadie “puede ser condenado sin ser oído” tanto en primera como en segunda instancia. Consideramos aquí referir par de resoluciones españolas que aluden a este derecho.

Tenemos así la resolución del STC 258/2007, del 18 de diciembre:

Es el caso que la nuestra en el proceso penal (art. 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrím.) ofrece al acusado el «derecho a la última palabra» (Sentencia del TS de 16 de julio 1984), por sí mismo, no como una mera formalidad, sino —en palabras del Fiscal que la Sala asume— «por razones íntimamente conectadas con

el derecho a la defensa que tiene todo acusado al que se brinda la oportunidad final para confesar los hechos, ratificar sus propias declaraciones o las de sus coimputados o testigos, o incluso discrepar de su defensa o completarla de alguna manera. La raíz profunda de todo ello no es sino el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído, audiencia personal que, aun cuando mínima, ha de separarse como garantía de la asistencia letrada, dándole todo valor que por sí misma le corresponde. La viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio (FJ 3).

«Pero, ha sido la más reciente STC 13/2006, de 16 de enero FJ 4, la que de manera directa y como *ratio decidendi* ha abordado la cuestión del derecho a la última palabra señalando que posee un contenido y cometido propio bien definido. Así, se señala, por un lado, que es un derecho que se añade al de defensa letrada en tanto que consagra la posibilidad procesal de autodefensa del acusado y, por otro, que se diferencia del derecho a ser oído mediante la posibilidad de ser interrogado, cuya realización se suele producir al inicio del juicio dando oportunidad una vez que ha tenido pleno conocimiento de toda la actividad probatoria realizada y de los argumentos vertidos en los alegatos de las conclusiones y de su propia defensa, al contradecir o someter a contraste el desarrollo de la vista añadiendo todo aquello que estime pertinente para su mejor defensa. Como se destaca en su sentencia, «se trata, por tanto, de que lo último que oiga el órgano judicial antes de dictar sentencia y tras la celebración del juicio oral, sean precisamente las manifestaciones del propio acusado, que en ese momento asume personalmente su defensa [...] Es precisamente la palabra utilizada en el momento final de las sesiones del plenario la que mejor expresa y garantiza el derecho de defensa, en cuanto que constituye una especie de resumen o compendio de todo lo que ha sucedido en el debate, público y contradictorio que constituye la esencia del juicio oral (Gutiérrez-Alviz, 2012: 43 y 44).

También resultan interesantes los argumentos de la resolución que emitió la Segunda Sala del Tribunal Supremo, del 10 de junio de 2004:

[...] la viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio. De lo que se trata en el fondo, con independencia de que no se excluya la defensa letrada, es de que quede garantizado también el derecho de la defensa por sí mismo, particularmente a la vista de las circunstancias subyacentes del delito debatido. Las normas que rigen el proceso permiten el derecho a expresar directamente y sin mediación alguna cuantas alegaciones estime el acusado puedan contribuir al ejercicio y razonamiento de ese derecho. Estamos ante una nueva garantía del derecho de defensa del acusado entroncada en el principio constitucional de contradicción... (Gutiérrez-Alviz, 2012: 46).

v). Derecho a una comunicación previa, privada, libre y segura con el defensor

En este rubro, Gimeno Sendra señala que parte del derecho a la asistencia de un abogado, es “el derecho del acusado preso a comunicarse libremente con su abogado...” (2015: 286). En este sentido, la comunicación es indispensable para que por esa vía, el justiciable pueda hacer saber a su defensor su versión de los hechos en relación a las imputaciones que existen en su contra, expresarle sus dudas, inquietudes y temores jurídicos, así como sus deseos de desarrollar ciertas líneas de defensa, indicándole dónde y cómo pudiesen obtener elementos probatorios para ser aportados a su favor, el tipo de alegatos que quisiera que se hicieran a su favor y los medios de impugnación a interponer.

Por su parte, el defensor tendrá la oportunidad escuchar y tomar en consideración estos aspectos que le pudiera comunicar su defendido, concediéndole la asesoría y consejo jurídico correspondiente, explicándole los pormenores de los hechos imputados, indicándole quiénes son las personas que deponen en su contra, haciéndole saber los elementos probatorios que existen en su contra, los fundamentos legales que sustentan el hecho delictivo o delito que le imputan, explicando los derechos que tiene con motivo del proceso, en qué consiste cada etapa procedimental, y en general cualquier cuestión que estime conveniente según la etapa procedimental en la que se encuentre. De esta manera, la comunicación permite que se consense entre persona defendida y defensor las líneas de defensa que se seguirán a lo largo del procedimiento para procurar una defensa adecuada al justiciable, pudiendo comunicar así las posibilidades objetivas de éxito que puede prever el defensor.

La Convención Americana de Derechos Humanos reconoce en el artículo 8, punto 2, inciso d), el derecho a que una persona procesada pueda “comunicarse de manera libre y privada con su defensor”. La Observación General No. 13 del Comité de Derechos Humanos, en el punto 9, apartado b) del párrafo 3, señala que el acusado debe poder comunicarse con su defensor en condiciones que garanticen el carácter confidencial de sus comunicaciones.

No basta que exista una comunicación entre el justiciable y su defensor para afirmar que ésta es adecuada, sino que la misma sea previa al desarrollo de los actos procedimentales, por ejemplo, que sea antes de que se desarrolle una entrevista o declaración ante los policías o Ministerio Público, o antes de alguna audiencia judicial, como podría ser una inicial.

Es imprescindible, como ya se dijo, que la entrevista sea privada, es decir, que se desarrolle con la seguridad de que ninguna persona podrá escuchar el contenido de la comunicación que desarrolla el justiciable y su defendido. Consta a su vez, el principio número 8 de los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (PBFA, 1990) relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales —aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990—, que indica que a toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitarán oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estos principios adquieren mayor fuerza vinculante porque han sustentado diversos pronunciamientos de la Corte-IDH, como en el *Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú* (Caso Perú, 1999).

Además de ser previa y privada, la comunicación debe ser libre, es decir que no existan elementos o factores que pudieran repercutir en la información que el justiciable o abogado pudieran comunicarse, por ejemplo, como cuando se presentan frente a cierto tipo de coacusados o policías. Esta libertad en la entrevista ha sido referida tanto por la Comisión-IDH en el informe No. 2/99, Caso 11.509, *Manuel Manríquez contra México* (Caso México, 1999), párrafos 86, 102, 104 y 105, así como por la Corte-IDH en el *Caso Suarez Rosero Vs. Ecuador* (Caso Ecuador, 1997) con el texto siguiente:

82. Los incisos c, d y e del artículo 8.2 de la Convención Americana establecen como garantías mínimas, en plena igualdad, de toda persona, [la] concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; [el] derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; [y el] derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley[.]

83. Debido a su incomunicación durante los primeros 36 días de su detención, el señor Suárez Rosero no tuvo la posibilidad de preparar debidamente su defensa, ya que no pudo contar con el patrocinio letrado de un defensor público y, una vez que pudo obtener un abogado de su elección, no tuvo posibilidad de comunicarse en forma libre y privada con él. Por ende, la Corte considera que el Ecuador violó el artículo 8.2.c, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana (Caso Ecuador, 1997).

Finalmente, un punto poco considerado pero que resulta importante, es que la comunicación entre justiciable y su defensor pueda efectuarse en un lugar seguro para ambas personas. No pocas veces se han desarrollado las entrevistas en lugares donde la seguridad para ambos no es idónea para generar un ambiente de confianza, y no se tenga el temor de que al estar desarrollando la comunicación se pueda generar alguna agresión en contra de ellos, pues no pocas veces han acontecido eventos en los que el justiciable o el defensor han sufrido agresiones de terceros, *id est*, cuando las entrevistas se desarrollan en galeras de los policías o en espacios abiertos a otras persona privadas de su libertad al interior de las prisiones.

En relación a este punto, tenemos que el numeral 8 de los PBFA, señala que toda persona arrestada, detenida o presa, se le facilitarán instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado para entrevistarse con él y consultarle “sin interferencia” y en forma plenamente confidencial, es decir, que ninguna persona puede escuchar ni interferir esa comunicación, propiciando así un ambiente de seguridad, sin desconocer que ese principio posibilita que las entrevistas sean visualmente vigiladas por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero que no escuchará la conversación.

En similares términos está el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (CPPPDP, 1988), que en el numeral 18, inciso 3 y 4, identifica la tutela del derecho a la comunicación entre detenido y defensor:

3. El derecho de la persona detenida o presa a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un juez u otra autoridad lo considere indispensable para mantener la seguridad y el orden.

4. Las entrevistas entre la persona detenida o presa y su abogado podrán celebrarse a la vista de un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero éste no podrá hallarse a distancia que le permita oír la conversación.

La consecuencia de no permitir esta comunicación entre justiciable y defendido ha sido tema de condena a diversos países por la Corte-IDH, por ejemplo, en el *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú* (Caso Perú, 1999), párrafos 146 y 148:

146. La Corte considera, tal y como ha quedado demostrado, que de conformidad con la legislación vigente en el Perú, las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Por otra parte, cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada (supra 141).

[...]

148. Sin embargo, en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que hay violación del artículo 8.2.d de la Convención.

Lo que hemos dicho ha sido reiterado en el numeral 61.1 de las *Reglas Nelson Mandela*:

Regla 61.1. Se facilitarán a los reclusos oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un asesor jurídico o proveedor de asistencia jurídica de su elección, entrevistarse con él y consultarle sobre cualquier asunto jurídico, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial, de conformidad con la legislación nacional aplicable. El personal penitenciario podrá vigilar visualmente las consultas, pero no podrá escuchar la conversación (Reglas Mandela, 2015).

vi. La asistencia consular

El derecho a la asistencia consular se debe analizar a partir del fundamento internacional del derecho consular. Así, tenemos que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC, 1963), que señala:

Artículo 36. Comunicación con los nacionales del Estado que envía

1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) Los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con

él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello.

2. Las prerrogativas a las que se refiere el párrafo 1 de este artículo se ejercerán con arreglo a las leyes y reglamentos del Estado receptor, debiendo entenderse, sin embargo, que dichas leyes y reglamentos no impedirán que tengan pleno efecto los derechos reconocidos por este artículo.

En los casos en que los justiciables tengan la calidad de extranjero en un procedimiento penal, para que puedan desarrollar la defensa, es necesario se respete su derecho a la asistencia consular. La SCJN ha determinado los alcances de este derecho en tres dimensiones:

i) El derecho a ser informado o notificado del derecho a comunicarse con su consulado, lo que implica que las autoridades deben informarle, de manera inmediata, que tiene derecho a comunicarse con la oficina o representación consular de su país.

ii) El derecho al contacto con el consulado, teniendo la potestad de escoger contactarlo o no. Si decide contactar a su consulado e informar de la detención y la intención de contacto de la persona extranjera a la autoridad consular que se encuentre más cercana al lugar de la detención.

iii) Derecho a la asistencia consular, por lo que la autoridad deberá garantizar la comunicación, visita y contacto entre el extranjero y su consulado para que éste le pueda brindar una asistencia inmediata y efectiva.

A mayor abundamiento de lo referido, se puede consultar los Amparos Directos en Revisión Amparo directo en revisión 517/2011 y 79/2019, el primero de ellos fallado el 23 de enero de 2013. Se citaron como fundamentos normativos de la decisión sobre la interpretación del artículo 36 de la CVRC, realizada por la Corte-IDH y de la Corte Internacional de Justicia:

a) Corte IDH. *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16, y

b) Corte Internacional de Justicia, *Caso referente a Avena y a otros nacionales mexicanos (México v. Estados Unidos de América)*, sentencia de 31 de marzo de 2004. En este caso la Corte Internacional de Justicia retomó la doctrina establecida en el *Caso Lagrand (Alemania v. Estados Unidos de América)*, sentencia de 27 de junio de 2001.

Nos importa resaltar que cualquiera de los elementos que integran el derecho a la asistencia consular, enfoca a algunos de los tres aspectos sobre el derecho a la defensa, es decir, a la posibilidad real de ejercer el contradictorio alegando, probando o impugnando algún aspecto relacionado con la hipótesis incriminatoria, o bien, con la hipótesis de inocencia. La ausencia de asistencia inmediata y efectiva para un extranjero por su consulado, puede redundar en una imposibilidad real, más o menos grave, para que pueda ejercer la autodefensa alegando, probando o impugnando, con las subsiguientes consecuencias procesales.

4.3. Renuncia a la autodefensa

De modo tradicional, se ha afirmado que los derechos no son renunciables, por lo que más que una renuncia a autodefenderse, se trata de una cuestión en la que el justiciable se abstiene de ejercer dicha potestad, en tanto que no está obligado a ejercerla. En este caso, debe ser el defensor quien asuma dicha función, y en los casos en que el justiciable se niegue a ello, el defensor verá seriamente afectada o limitada su labor.

4.4. ¿Cuándo se afecta la autodefensa, y por tanto, el derecho a la defensa?

Se afecta cuando se impide la defensa técnica adecuada. Veamos esto así: aunque el Estado exige que las personas tengan la capacidad de entender, comprender y poder dirigir su vida diaria de acuerdo a sus obligaciones y potestades, lo cierto es que en muchos casos no pueden accionar las garantías que tienen para realizar actos de defensa o defender sus derechos en

general; por ello se necesita la intervención de un defensor en el proceso penal en donde se constituye como la “voz jurídica” (*vid.* Ferrajoli, 2013: 213) y “oído jurídico [...] del investigado” (Gimeno, 2015: 286), para hacer realidad una tutela judicial efectiva de los derechos. En otras palabras, “...el acceso a la justicia es una cuestión de derechos humanos, y el punto en el que los abogados entran en juego” (Luban, 2013: 218).

Y es que la confección del derecho penal, derecho procesal, ejecución penal y juicio de amparo penal, resultan demasiados complejos para que los justiciables iletrados en esos ámbitos, puedan entender y operar adecuadamente ante un fiscal que tiene cierta preparación en esos ámbitos, o ante un juez avezado en esos temas, y donde ambos operadores tienen un diseño procesal para poder investigar y valorar los hechos delictuosos y a las personas acusadas de cometerlas; esta desventaja del justiciable podría acrecentarse si enfrentase a una víctima u ofendido que tuvieran recursos para contratar una buena asesoría jurídica.

Así, el defensor, público o privado tiene la enorme función —entre otras más— en el proceso, de igualar las oportunidades del justiciable y desarrollar el contradictorio en el proceso, maximizando los principios de igualdad procesal y contradicción a su favor. Por ello, es necesaria la presencia de una persona con capacidad de postular justicia, pues tal hecho implica “...un trabajo especializado de estudio y práctica del derecho y las personas que a ello se dedican ejercen la defensa como una profesión” (Gutiérrez, 2012: 34).

En nuestro país, la capacidad de postulación se demuestra con el título y cédula profesional que habilita a una persona para ejercer la profesión de licenciado en derecho. Pero no sólo es necesaria la defensa técnica sino que, de acuerdo a los fundamentos ya vistos, se tiene que es obligatoria y no se puede renunciar a la misma. Es así como vemos que la presencia de una persona que desempeñe el papel de defensor o defensora en tanto órgano técnico, resulta esencial para el debido proceso

4.5. ¿En qué momento surge la intervención de un defensor en el proceso?

Alvarado Velloso (2006: 290) señala que la defensa, en tanto que integra el debido proceso, debe darse desde el momento mismo de la imputación o detención, lo cual coincide con lo que establece el segundo párrafo del artículo 17 del CNPP, donde se indica que la asistencia debe darse desde la detención de la persona y a lo largo de todo el procedimiento. Empero,

debemos precisar algunas cuestiones que argumentan la necesidad de que la defensa técnica debería iniciar incluso antes de la detención.

Vélez Mariconde (s/a: 147) señala que el derecho a la defensa “debe ser reconocido desde el instante mismo en que la libertad queda amenazada por cualquier acto inicial del proceso”. Consideramos que la necesidad de que una persona se defienda, en forma personal o a través de un letrado, puede surgir, por lo menos, en dos escenarios.

El primero, en los supuestos en que la persona es detenida con motivo de un delito flagrante y las variantes de esta figura: por una detención por caso urgente, por ejecución de una orden de aprehensión o en los casos en los que en estricto sentido no se le detiene, sino que se ejercen los controles preventivos provisionales que pueden derivar o no en una detención por advertir, a través de este mecanismo, que se está cometiendo un hecho delictivo.

El segundo, en los casos en que es citado o notificado para que comparezca ante una autoridad ministerial o judicial en calidad de imputado, sea para que se le hagan saber los cargos, se le tome declaración o con motivo de una audiencia judicial para formularle cargos.

a) En el primer escenario que hemos planteado, partiríamos de la premisa de que el derecho a la libertad personal no es absoluto, y que constitucional y convencionalmente se permite su limitación. En este sentido, tenemos que el artículo 16 de nuestra Carta Magna, por un lado, reglamenta las “restricciones a la libertad personal” y, por el otro, dispone la forma y términos en que la autoridad se encuentra en la posibilidad jurídica de realizar los “actos de molestia”. Entre las formas en que se puede limitar el derecho a la libertad personal, en términos generales, se tienen la orden de aprehensión (Jurisdiccional), detención por caso urgente (Ministerial), detención por actualizarse un supuesto de flagrancia delictiva (Autoridad o particulares por excepción), arraigo (Jurisdiccional), arresto administrativo, resolución jurisdiccional que impone una medida cautelar como la prisión preventiva oficiosa o justifica y la suspensión de garantías.

Fuera del supuesto del arraigo que aplica para la delincuencia organizada, la restricción de la libertad, en el ámbito penal, acontece en los supuestos en que se emite y ejecuta una orden de aprehensión, se emite y ejecuta una orden de detención por caso urgente librada por el Ministerio Público y en los casos en que se actualiza algún supuesto de flagrancia delictiva, como ya lo ha establecido la SCJN (en los Amparos Directos 14/2011 y 703/2012).

También se encuentra el supuesto de los controles provisionales constituyen una forma de restringir la libertad personal que, si bien expresamente no se encuentran reconocidos en nuestra Constitución, se han derivado y sostenido bajo la idea y necesidad de que exista un adecuado ejercicio de la función de seguridad pública de los entes estatales que alude el artículo 21 constitucional de dicha norma. Con este tipo de controles se busca prevenir o descubrir hechos delictivos, y en consecuencia es necesario un contacto entre los agentes del orden y los gobernados antes de que se advierta, en estricto sentido, alguna conducta delictiva. Es decir, hay una interacción, no en el momento mismo de la ejecución de la conducta ni después de ella, sino previo a que se descubra o acontezca el hecho delictivo. Esta situación denominada por la SCJN como “control preventivo provisional”, puede ser en menor o mayor grado, y deben entenderse y correlacionarse con los niveles de contacto.

Estos controles preventivos constituyen situaciones a las que se les han denominado “restricciones provisionales al ejercicio de un derecho”, porque no conllevan una privación del derecho de libertad personal, sino que se trata de una afectación momentánea, por ejemplo de la libertad o posesiones (*vid.* Tesis: 1a. XCII/2015/10a.), y para ejercerse en forma válida es necesario que se dé en cumplimiento de las funciones aludidas, actualizándose una sospecha razonable para una mayor intromisión de la libertad, posesiones y propiedades del gobernado.

En cualquiera de los supuesto aludidos, se deben desarrollar actos tendentes a salvaguardar la persona, posesiones, propiedades y, en general, la esfera derechos del gobernado para evitar que se genere una detención arbitraria. Si el principio de presunción de inocencia, como veremos, tiene una proyección fuera del proceso penal, entonces hay razones para considerar que el derecho a la defensa puede y debe ejercerse por el gobernado o su defensor aunantes de la detención. Del otro lado, no encontramos razones jurídicas para prohibir que la defensa pueda ser desarrollada a favor del gobernado por un defensor.

En el caso de que la persona sea detenida, parece bastante claro lo importante que resulta que el defensor pueda evitar que sean violentados sus derechos como cuando se la somete a coacciones, incomunicaciones, malos tratos, torturas, velando por su dignidad humana y toda la *gama* de derechos de su representado. Pero también debe participar en las actividades que se puedan desarrollar a partir de ese momento, pues dado el estatus de detenido del ya justiciable, será el defensor quien pueda representarlo y tener participación actividad en diversas

actividades, como alegar o documentar momentos previos a la detención o la forma y términos en que se desarrolló esa detención, así como poder intervenir en los actos de investigación desarrollados por los policías o fiscales, interponer los medios de defensa ante el juez de control para buscar la protección de sus intereses y derechos si no se le han respetado, e incluso poder generar quejas ante organismos encargados de proteger derechos humanos, así como la interposición de juicios de amparo, por lo que a partir de los momentos en que se le pretende detener o es detenido el justiciable, puede tener el derecho a desarrollar su defensa, continuando el ejercicio de este derecho en las fases procedimentales subsecuentes.

La intervención del defensor, como decíamos, puede y debe ejercerse aun antes de la detención, *id est*, cuando una autoridad policiaca ejerce un control preventivo provisional, la defensa puede hacer notar que estos controles no se están ejerciendo de forma correcta o documentar el ejercicio de los mismos. Al fin se trata de actos de autoridad que pueden ser controlables, y teniendo en cuenta los fines de estos controles y las repercusiones que pueden tener en el ámbito de un procedimiento penal, entonces dicha actividad importa a la defensa, no sólo para los efectos de controlar, *ex post*, dicha facultad, sino también en el preciso momento en que está siendo ejercida.

En tan pauta, la proyección del artículo 17 del CNPP debería ser entendida en forma amplia y, por qué no, hasta considerar esto que hemos dicho como un argumento *lege ferenda* para reconocer y positivar que la intervención de la defensa puede darse antes de la detención. Por supuesto está el caso de la detención por cumplimiento de una orden de aprehensión, en cuyo supuesto es necesario que la persona pueda defenderse directamente o a través de un letrado, verificando la existencia de la orden y su debida ejecución, que se ejecute, verificando que la puesta a disposición ante el juez se haga de manera inmediata. En el caso de que se advierta alguna violación de derechos o retardo en la puesta a disposición, se podrá ejercer la defensa acudiendo ante el juez de control para solicitar una tutela de derecho o interponiendo el juicio amparo ante una incomunicación, tortura o desaparición de persona.

b) El segundo escenario en que puede surgir la necesidad de desarrollar el derecho a la defensa, acontece en los casos en que la persona no es detenida, sino que es informada o notificada de que existe una investigación en su contra, y por tanto es citada para declarar ante el Ministerio Público o para una audiencia inicial. A su vez, debemos considerar aquellos

supuestos en los que la persona es citada como testigo, pero en realidad en el expediente existe información que indica que tiene relación como autora o participe de hechos delictivos, pero se le cita como testigo para evitar que se acoja a los derechos a guardar silencio o a la no autoincriminación, por lo que materialmente también debe considerársele en el anterior escenario. Incluso debemos ponderar los supuestos en los que un testigo declara con esta calidad en una investigación o proceso, y de su declaración se advierte que se incrimina. El núcleo en estos supuestos se centra, para nazca en su favor el derecho a la defensa, desde el momento en que se investiga a la persona o existe información en su contra que lo relaciona como autora o participe de hechos criminales, y parte de este razonamiento puede encontrar sustento en los Casos *Barreto Leyva contra Venezuela* (Caso Venezuela, 2009, párrafo 62), *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Caso México, 2010, párrafo 155), y *Vélez Loo vs. Panamá* (Caso Panamá, párrafo 132).

Podemos ver que las hipótesis en que se puede y debe desarrollar el derecho a la defensa, son más claras cuando el procedimiento penal ha iniciado y, por ejemplo, existe un llamamiento hacia el justiciable para que comparezca. Sin embargo, puede acontecer que el procedimiento haya iniciado y no sea llamado (el defensor), sea porque la investigación esta descuidada y detenida o porque se busca esconder la investigación para conformarla a escondidas del justiciable con miras a obtener una detención por ejecución de una orden de aprehensión.

Un punto que nos parece importante a tratar en este rubro, se relaciona con una cuestión que bien puede ser considerada como un argumento de *lege ferenda*. Se trata de los casos en que una persona que haya sido detenida con motivo de un hecho delictivo y sea objeto de incomunicación por las autoridades o existan indicios de que puede ser objeto de una desaparición, debe contar con la inmediata designación de un defensor de oficio o público a petición de alguna persona o de oficio cuando se tenga información sobre estos hechos, para que el defensor actúe y pueda interponer los medios de defensa, denuncias-quejas-juicio de amparo. Esto mismo podría ocurrir en los casos en que el justiciable se encuentre en prisión preventiva e incomunicado o desaparecido, y además no cuente con defensor particular (*vid.* Gimeno, 2015: 291).

Una vez que se ha establecido el momento en que surge la necesidad de contar con la asistencia de un letrado en derecho, tenemos que dar contestación a las preguntas que planteamos en el segundo capítulo, y que tienen que ver con los aspectos esenciales de la asistencia letrada: (1) ¿En qué consiste la asistencia letrada?, (2) ¿Qué requisitos o cualidades debe tener el letrado para que la defensa sea técnica?, (3) ¿Para qué se requiere que la asistencia letrada sea técnica?, (4) ¿Cuándo la asistencia letrada es efectiva? y (5) ¿Para qué se requiere que la asistencia letrada sea efectiva?

1. ¿En qué consiste la asistencia letrada?

En cuanto al concepto de *asistencia letrada o defensa técnica*, hemos dicho que es aquella que proporciona un licenciado en derecho o abogado titulado, es decir, que formal y materialmente constituya un órgano técnico de defensa, porque presupone que tiene los conocimientos profesionales en la materia en que brindará la asistencia.

Si bien la figura del abogado tiene orígenes mucho más remotos al periodo de la Ilustración —conforme a lo que hemos visto en los primeros capítulos—, es en la Ilustración en que cobró fuerza la propuesta de que la asistencia de una persona con conocimientos técnicos asistiera a los acusados con motivo de un proceso criminal, y que, incluso, dicha asistencia fuera obligatoria a través de un defensor público en los casos en que el acusado no se tuviera los medios económicos para hacerse de los servicios de un defensor privado, de ahí que desde ese periodo la asistencia letrada se viera como una necesidad y obligación.

Ya se dijo que la titularidad del derecho a defenderse —desde la autodefensa— la tiene la persona que es señalada, investigada, imputada, procesada, acusada o sentenciada por la comisión de un hecho que se considera delictivo, pero también hemos referido la necesidad de que el justiciable sea asistido por una persona que tenga la profesión de licenciado en derecho o abogado titulado, pues de esta manera se le podrá proporcionar una asesoría, auxilio y representación jurídica en el procedimiento penal, incluso, el justiciable estará en posibilidad de desarrollar de manera directa los actos de defensa a través de su defensor, ya que sólo así se podría desarrollar el contradictorio con igualdad procesal (*vid.* Gutiérrez, 2012: 34), cumpliéndose el requisito de que la defensa sea adecuada.

2. ¿Qué requisitos o cualidades debe tener el letrado para que la defensa sea técnica?

En nuestro orden jurídico nacional, a partir de la reforma constitucional de 2008, se exige que la representación jurídica del justiciable corra a cargo de un licenciado en derecho o abogado titulado, desterrando de esta forma una de las instituciones que era sumamente común en los procesos penales, esta es, la persona de confianza.

Si bien esto que se dice, a fuerza de jurisprudencia, ya era una realidad en el ocaso del sistema de justicia penal tradicional, se seguía conservando dicha figura y ello permitía que lo que comúnmente se conoce como “coyotaje” siguiera ejerciéndose de manera indirecta porque aun y cuando no tenían capacidad de postulación, los “coyotes” seguían nombrándose en el proceso como personas de confianza, y con ello podían tener acceso al proceso penal. Empero, esto termina con la reforma aludida.

El derecho a una defensa técnica, acontece cuando la defensa se desarrolla por un licenciado en derecho o un abogado titulado, y los elementos para afirmar que una defensa es técnica, se exponen así.

El artículo 17 del CNPP dispone que el defensor deba ser licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional. En correlación con este artículo debemos considerar la *Ley Reglamentaria del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México*, en su artículo 7º establece el ámbito de aplicación de dicha ley es en la Ciudad de México en asuntos del orden común, y en toda la república en asuntos del orden federal. Esta ley contempla los pormenores sobre el ejercicio profesional y la necesidad de contar con título y cédula profesional. Asimismo, en el artículo 28 de la ley en comento se refiere al ejercicio de derecho a la defensa, y reitera que se puede ejercer en vía de autodefensa o por un abogado o defensor titulado, incluso, dicha norma parece no estar actualizada porque sigue haciendo referencia a la persona de confianza que no alude más desde 2008 nuestra Constitución Política:

En materia penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio de persona de su confianza o por ambos según su voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados, se le invitará para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciera uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio (LRPCDMX, 1945).

Hemos dicho que la defensa tiene un carácter dual, ya que puede ser desarrollada tanto por el titular del derecho como por el órgano técnico, y es más necesaria en los casos de las personas que se encuentran detenidas ante el Ministerio Público o privadas de su libertad por cumplir con prisión preventiva u oficiosa, así como cumpliendo una pena de prisión; esta circunstancia genera una restricción del derecho a la libertad y por ello adquieren la calidad de grupo vulnerable como veremos más adelante, ya que dificultad que sean ellos quienes puedan contribuir desde afuera a realizar sus actos de investigación, buscar y recabar los elementos probatorios, etc.

3. ¿Para qué se requiere que la asistencia letrada sea técnica?

El derecho a la defensa exige que la misma sea adecuada, y una condición para ello es que quien la ejerza sea una persona con conocimientos especializados, pues sólo así se puede asegurar una mejor y máxima protección a los intereses del justiciable, porque se supone que cuenta con los saberes para realizar alegatos, desarrollar la actividad probatoria, interponer medios de impugnación o proporcionar auxilio o consejo jurídico a su representado.

Se habla de una defensa técnica cuando el defensor ha aprobado los planes de estudio y exámenes profesionales que se requieren para obtener una patente que avala esta calidad, y que presupone haber adquirido el conocimiento necesario para brindar el servicio como defensor —público o privado— en un procedimiento penal.

Debemos tener en consideración que ciertos procedimientos penales exigen que la defensa implique mayor grado de especialización. Como ejemplo, tenemos el Sistema de Justicia Integral para Adolescentes y el Procedimiento Penal de Ejecución. Vemos que instituciones como el Instituto Federal de Defensoría Pública (IFDP) se ha preocupado en especializar a sus defensores en esta materia.

4. ¿Cuándo la asistencia letrada es efectiva?

Para que la defensa, además de técnica sea efectiva, debe poseer ciertas cualidades para ejercerse correctamente: que sea obligatoria, que la elección del defensor sea libre, que el órgano de defensa tenga conocimientos técnicos y propios de su profesión y área donde desarrollara su labor, que sea independiente, que sea autónoma, que goce de igualdad procesal y paridad de armas, entre otras.

i). Libre elección del defensor

La defensa técnica o letrada es obligatoria, es decir, no es potestad del justiciable elegir si cuenta o no con un defensor. Tradicionalmente se ha asumido que la libertad de elección de defensor se tiene cuando se decide nombrar a uno privado o particular, mientras que en el caso de que no lo haga o no pueda determinada persona, el Estado le deberá asignar a uno público o de oficio, y esta designación no es optativa ni renunciable porque se trata de un derecho esencial a su favor.

Vemos entonces que, sea que cuente con defensor particular o público, la defensa letrada constituye un derecho no renunciable y una obligación para el Estado de brindarla, por lo que la libertad o potestad de nombrar al licenciado o abogado de su elección será cuando nombre uno privado, y en el caso de que no lo haga o no pueda hacerlo el Estado tiene la obligación de nombrarle uno.

El defensor de la persona señalada, investigada, imputada, procesada, acusada o sentenciada, debe ser elegido de manera libre por aquella, lo cual significa que no le debe ser impuesto; en primer lugar debe tener la oportunidad de nombrar a un defensor de su elección, recayendo dicha designación en un defensor privado o particular. Sólo en los casos en que no pueda designar un defensor privado o público, se le deberá designar uno de oficio o público.

En cuanto a si el justiciable puede elegir de manera libre a su defensor público o de oficio, se tiene que considerar que su nombramiento depende de los defensores que se encuentren adscritos al tribunal, de los que hayan sido designados conforme a un determinado turno o comisionados para equis asunto. Si bien pudiera preferirse, a efecto de maximizar el derecho a un defensor de la elección del justiciable, que la designación del defensor público debiera obedecer a la misma libertad que se tiene con el nombramiento de uno privado, lo cierto es que en el mejor de los casos esa designación estaría limitada a los defensores adscritos o a una lista determinada; sin embargo, habría que considerar diversos factores para evitar que las cargas laborales sea desproporcionadas o desequilibradas por esta forma de selección, pues esto podría ser un factor de pérdida de calidad.

Asimismo, debe considerarse como una mala práctica constante, que los justiciables constantemente, haciendo uso de su derecho a la libre designación de su defensor, revoquen a su

defensor para dilatar ciertos actos procesales, lo cual puede ser explicable y justificable en ciertos casos, pero en la mayoría de las veces no, por lo que podría actualizarse una resolución como la del Supremo Tribunal español: el fraude procesal (Gimeno, 2015: 292).

A su vez, puede ocurrir que en el proceso, constante o sistemáticamente, se le cambie al defendido su defensor público. Esto podría impactar y redundar en una afectación a su derecho a la defensa adecuada porque no hay una continuidad en las líneas de acción defensiva por el órgano técnico de defensa, ya que cada cambio de defensor requeriría que el nuevo letrado se enterara del contenido del proceso para continuar o ajustar las líneas de su labor.

ii). Calidad técnica del defensor

La persona que funge como defensor —privado o público—, debe tener la calidad de licenciado en derecho o abogado titulado, es decir, que formal y materialmente constituya un Órgano técnico defensa.

Giovanni Tarello señala que “la defensa debe ser conducida de la manera más eficaz posible, con el único límite de las disposiciones legales de referencia [...] a la vista de la realización completa del derecho fundamental de la libertad del asistido” (Ferrajoli, 2013: 213).

Por supuesto que la simple presencia de un licenciado en derecho o abogado titulado no puede ser suficiente, pues debemos considerar que se requiere de su “asistencia” y no de una mera “presencia”; por lo que se requiere, a los efectos de evitar una indefensión, que exista una actuación efectiva (Gutiérrez-Alviz, 2012: 69).

iii). La independencia del defensor

Algunos autores coinciden en señalar que, deontológicamente, el defensor no debe ser un auxiliar del juez y tampoco de su defendido dada su libre profesión (Ferrajoli, 2013; 213). Al respecto, una parte del párrafo 9 y otra del párrafo 11 de la Observación General Numero 13, del Comité de Derechos Humanos, señalan:

Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte.

[...]

El acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas. Cuando excepcionalmente y por razones justificadas se celebren juicios *in absentia*, es tanto más necesaria la estricta observancia de los derechos de la defensa.

En el derecho comparado, encontramos que la Ley Orgánica del Poder Judicial de España, establece en el artículo 542.2 que “en su actuación ante los juzgados y Tribunales, los abogados son libres e independientes [...] y serán amparadas por aquellos en su libertad de expresión y defensa”.

El Tribunal Constitucional de España ha reconocido que en el ejercicio del derecho de defensa, el abogado goza en cuanto a su libertad de expresión de la mayor amplitud (Gutiérrez-Alviz, 2012: 101); también ha reconocido que las expresiones vertidas en el juicio se encuentran amparadas en la libertad de expresión del letrado, en tanto que por su calidad, se le permite una mayor “beligerancia en los argumentos”, como se observa en la sentencia de 113/200, de 5 de mayo, FJ 6), a lo que también se conoce como “libertad de expresión reforzada”, conforme a la sentencia 39/2009, de 9 de febrero, FJ3) de ese tribunal.

De los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, se complementa como garantías para el ejercicio de la profesión, el que los gobiernos garantizarán que los abogados puedan desempeñar todas sus funciones profesionales sin intimidaciones, obstáculos, acosos o interferencias indebidas, y que no sufran ni estén expuestos a persecuciones o sanciones administrativas, económicas o de otra índole a raíz de cualquier medida que hayan adoptado, de conformidad con las obligaciones, reglas y normas éticas que se reconocen a su profesión.

Es común que a los defensores —sobre todo a los de oficio o públicos— se les trate de intimidar, como cuando sin sustento y sin necesidad, se les apercibe de imponérseles multas altas o se les intimide con dar vista a los superiores; otro intimidación de *facto*, se ve en aquellos casos en los que se pretende constreñir a los defensores públicos a realizar ciertas actuaciones a través de sus superiores, donde se requiere a éstos para que “conminen” a la defensa para que realice lo que la autoridad desea.

En el caso de la Defensoría Pública Federal, el artículo 38 de la Ley Federal de Defensoría Pública (LFDP, 1998) indica que la persona que desempeña la función pública dentro de un proceso o procedimiento penal es autónoma de cualquier autoridad a los efectos de desarrollar las líneas de acción conjuntamente con su patrocinado.

Artículo 38. También serán causas de responsabilidad para cualquier servidor de los sistemas de procuración y administración de justicia federales, realizar conductas que atenten contra la autonomía e independencia de los defensores públicos o asesores jurídicos o cualquier otra acción que genere o implique subordinación indebida de estos servidores públicos respecto de alguna persona o autoridad.

En relación a la autonomía e independencia de la defensa pública, es necesario analizar la *ratio iuris* que rige la función del Defensor Público Federal, pues bajo una interpretación teleológica —esto es, atendiendo al su proceso legislativo— es posible conocer lo que se pretendió con la Ley que establece el servicio de defensa a nivel federal, en concreto, los tópicos relativos a la libertad, autonomía e independencia de este defensor con respecto a un órgano jurisdiccional.

El dictamen de iniciativas de la Ley Federal de Defensoría Pública y de reformas y adiciones a diversas disposiciones de la Ley de Defensoría de Oficio Federal y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, presentadas por Amador Rodríguez Lozano, Senador del Partido Revolucionario Institucional (PRI) y por José Natividad Jiménez Moreno, Senador del Partido Acción Nacional (PAN), dicen lo que sigue en las consideraciones generales del dictamen legislativo:

Como hemos dicho anteriormente, el hecho de que nuestra Constitución establezca el acceso a la justicia y que la ley contemple diversas instituciones jurídicas que busquen hacer efectiva esa garantía, no es lo óptimo ni suficiente para solucionar muchas desventajas en que los sectores más desfavorecidos se encuentran en la actualidad. En cuanto a la defensa, desde su concepción más amplia, podemos decir que ésta representa un derecho natural y fundamental para preservar la integridad de cualquier persona, así como la de su honor y sus propios bienes. A su vez, este derecho se encuentra profundamente vinculado al concepto “libertad”, en virtud de

que sustrae al individuo de lo que es arbitrario o de lo que tienda a destruir las prerrogativas que le concedan las leyes. Es así en donde en todo régimen, en donde priven garantías, realizada una conducta o hecho legalmente tipificado como delito, nace instantáneamente la pretensión punitiva estatal y coincidentemente el derecho de defensa. En consecuencia, es el Estado quien a través de los defensores enseña a la sociedad que no es arbitrario, sino que por lo contrario, se encuentra apegado a un orden jurídico supremo con instituciones que le conceden a los probables autores de delitos, la posibilidad de que cuenten con asesores o representantes legales que salvaguarden sus intereses como resultado de los escasos recursos económicos con que cuentan para contratar en forma independiente su defensa.

Por consiguiente, el defensor debe de gozar de absoluta libertad en el ejercicio de sus funciones sin que ni siquiera sea forzosa la consulta previa con su defensor para intervenir, en algunos supuestos, dentro del proceso correspondiente. El defensor tiene derechos y deberes que cumplir dentro del proceso, de tal suerte que debe gozar de una completa autonomía para que su función sea lo más eficaz humanamente posible.

B) Cambios generales:

Naturaleza jurídica del organismo.

Estas comisiones unidas quieren remarcar la idea de que la independencia de este organismo es esencial para la consecución de sus fines, porque se quiere evitar lo que llegó a suceder en años recientes, y es que los jueces federales se habían convertido en los superiores administrativos de los defensores de oficio adscritos a sus juzgados, desnaturalizando por completo su función y en la práctica obstaculizando una buena defensa.

Por ello, al determinar la naturaleza jurídica de este Instituto Federal se consideró que la vinculación que tendría con el Poder Judicial de la Federación sería para efectos meramente administrativos y presupuestales —de la misma manera que se observa en algunos organismos sectorizados en la administración pública federal— y que no significaría, de ningún modo, subordinación o jerarquía alguna. Que en las materias administrativas en las que el Consejo de la Judicatura Federal decide, lo

hace a propuesta de la Junta Directiva del Instituto. Que fuera de ellas, la Junta Directiva y por lo tanto el Instituto tiene total autonomía y están al margen de las decisiones de cualquier otro órgano externo.

En el considerando noveno, se dice:

Las iniciativas de Ley Federal de Defensoría Pública y de reformas y adiciones a la Ley de la Defensoría de Oficio Federal, descritas en los capítulos que preceden, ciertamente involucran cambios radicales y sustanciales en la materia que tratan. Cambios que vendrán a estimular algunos otros no menos importantes, también, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Cambios que determinarán la nueva función social y la ampliación de las atribuciones de los servidores públicos que formarán parte de la institución, su nombramiento, retribución y requisitos que deban satisfacer para pertenecer a la misma. Cambios que vendrán a garantizar su autonomía y su eficacia, entendida la primera, como la responsable libertad de la institución y de los defensores de oficio para promover todo cuanto se traduzca en un patrocinio eficaz, adecuado y completo para sus defensos, comprometido sólo con éstos y nada más con éstos en un marco de ética, legalidad, prudencia y genuina gratuidad del servicio; y la segunda, como la fuerza y el poder de obrar correctamente en aras de las aspiraciones para las que fue creada la Defensoría de Oficio Federal.

Cambios que, en tal virtud, necesariamente se involucran en el proyecto de ley que se presenta y afectan a los artículos 88, 89, 90, 91, 148, 149 y 181 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, habida cuenta de las consideraciones que se expresan.

Décimo.- Ha sido sostenido que todo cuerpo de reglas que formula el legislador, por su propia naturaleza, busca prever su adaptabilidad a las necesidades sociales, jurídicas o políticas que pretende regular; reglas que se trata de dictar para siempre, aunque esto sea imposible, y que el problema de nuestro tiempo es justamente prever su adaptabilidad a las circunstancias cambiantes. Adaptabilidad que también se

busca en los proyectos en estudio; proyectos que, a juicio de las comisiones, ciertamente merecen la adecuación de algunos de sus conceptos para que satisfagan, lo mejor humanamente posible, las aspiraciones fundamentales que les han dado origen. Como, en la especie, podría ser el cambio del término “jefe” referido a la Unidad de Defensoría, por el de “director” del nuevo órgano que se propone se encargue de la prestación del servicio de defensoría, en virtud del significado más amplio que denota y de su adaptación más congruente con la realidad de los tiempos actuales, eliminando por obsoleto el primero. En el mismo derrotero de las adecuaciones en cita y considerada la autonomía como la responsable libertad de la institución y de los defensores federales para llevar al cabo la noble función que constitucional y legalmente se les confiere y que, por ende, su autonomía e independencia son, pues, condiciones sine qua non para el eficaz y genuino ejercicio de sus funciones, sin que en el desarrollo de éstas sea admisible la injerencia de influencias externas o ajenas a la institución, que desvirtúen la naturaleza jurídica de su noble cometido.

Obligado es, en consecuencia, establecer la existencia de ese nuevo órgano del Poder Judicial de la Federación, que en el desempeño de sus funciones goce de autonomía técnica y operativa y comprenda en su estructura, con mayor amplitud, todos los sub-órganos que sean necesarios para regular eficientemente la prestación del servicio de Defensoría Pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos a que se refiere el primero de los proyectos en estudio.

Como se puede advertir, en el proceso legislativo de la Ley Federal de Defensoría Pública, el legislador quiso que el defensor público gozara de plena autonomía en sus funciones sustantivas, lo que implica decidir, por ejemplo, cómo y cuándo asesorar a su defendido. No se desconoce que un tribunal tiene la atribución para requerir el otorgamiento de una asesoría, y el defensor como tal está obligado a atender dicha solicitud, pero ello no implica que deba atender o acceder favorable lo pretendido por la autoridad.

iv). La autonomía del defensor

En cuanto al derecho a la asistencia de un abogado para el justiciable, Vicente Gimeno Sendra señala lo siguiente:

El abogado defensor es llamado a colaborar con el investigado en el ejercicio del unitario derecho de defensa, y con ello se explica que el defensor debe gozar de total autonomía frente al juez y de una autonomía relativa o limitada frente al defendido, que no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera en favor de un abogado.

Gimeno considera la autonomía del defensor frente al juez y el propio titular del derecho que lo es el justiciable, sin que esto implique olvidar que el defensor debe tener lealtad ante el defendido o cliente (Harfuch y García, 2016: 45).

Asimismo, la autonomía también debe dimensionarse en relación al agente del Ministerio Público —sobre todo en la etapa de investigación inicial donde cuenta con ciertas atribuciones de autoridad— y, en el caso del defensor público o de oficio, frente a sus superiores.

Si la ideología que regía el proceso criminal en los tiempos anteriores a la Ilustración, veía al justiciable como una fuente de prueba, al que había que sacarle información a cualquier precio y con cualquier método, después con el apogeo de ese movimiento liberal, se le mira al justiciable como un sujeto de derechos.

Así, el defensor tampoco puede ser visto como una fuente de prueba y, por ello, tampoco “puede ser conceptualizado como un órgano colaborador de la justicia”; en todo caso, cualquier colaboración a la justicia debe ser contextualizada para perseguir la libertad del justiciable (Gimeno, 2015: 287). Si esto último es así, entonces debe proscribirse cualquier interferencia que se pretenda desde el órgano jurisdiccional.

v). Igualdad o paridad de armas con respecto al órgano que acusa

Vélez (s/a: 153) señala que el principio de contradicción requiere de una “paridad de situación jurídica entre el fiscal y las partes”.

Para hablar de una igualdad de armas en el proceso penal, es necesario en primer lugar, que la defensa tenga la misma capacidad y poderes que la acusación; en segundo término, que se admita la capacidad de contradecir de la defensa en todo momento procesal y en relación a cualquier acto probatorio. Luego, para poder afirmar que la defensa tiene la misma capacidad que la parte que acusa, se ocupa que la persona investigada, imputada, procesa o acusada se encuentre asistida por un defensor que pueda competir con la fiscalía en el ámbito técnico jurídico (*vid.* Ferrajoli, 2004: 614).

Tal vez si un sistema normativo fuese sencillo y estuviese al alcance a todos los ciudadanos su entendimiento, la defensa técnica no sería necesaria y cada persona pudiera dirigir y defender su propio caso si lo hace con sus demás asuntos personales (Ferrajoli, 2004: 614); sin embargo, muchas veces el sistema de justicia penal se presenta como un verdadero galimatías jurídico para los abogados, y con mayor razón será de menor comprensión para las personas legas, de ahí la necesidad de defensa técnica a cargo de un profesional.

vi). La efectividad del Defensor

Si bien se ha dicho que la defensa goza de una presunción de que su actuar es adecuado cuando no existe prueba de alguna de su negligencia, en tanto exista “ausencia de una prueba clara de negligencia profesional por parte del abogado, no corresponde al Comité cuestionar el juicio profesional de este último” (*Caso Willard Collins vs Jamaica*, 1991, párrafo 8.3), es obligación del defensor prestar un servicio de defensa eficaz pues se trata de un requisito necesario.

Este requisito no refiere una medida, aunque sería lo ideal que los resultados de la actividad desarrollada por el abogado defensor siempre conlleven a la libertad del defendido, pues existen múltiples escenarios en los que el defensor se desenvuelve, y obtener la libertad no es una opción real; por ejemplo, pensemos en aquellos casos en los que la cantidad y la calidad de los elementos de juicio son enormes, su obtención ha sido respetando las formalidades legales y los derechos del justiciable y, en donde incluso, éste ha confesado los hechos de manera libre y voluntaria ante el juez y en presencia del defensor, por lo que el fin propuesto por la defensa es buscar la sanción mínima o acreditar una atenuante. O aquellos otros casos en los que únicamente se debe verificar que el resultado al que se llegue en el proceso sea bajo el respeto irrestricto de todos los derechos. Incluso, muchas veces la efectividad puede

ser en relación a la solución del proceso mediante una suspensión condicional, un acuerdo reparatorio o un procedimiento abreviado.

Pueden entonces existir diversas formas o resultados que denotan si la defensa fue o no efectiva pero en cualquier caso, se podrá observar que la sola presencia de un licenciado en derecho o abogado titulado no puede ser suficiente por sí misma para colegir que es efectiva, pues, como ya se dijo, se debe considerar que se requiere de su “asistencia” y no de una mera “presencia”, cuestión ésta que ha sido asumida como doctrina en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que “...el nombramiento de un Abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado” (Gimeno, 2015: 291), en tanto que ha sentenciado en diversos casos como *Airey* que “...el objetivo primordial del Convenio [Europeo de Derechos Humanos] consiste en proteger derecho no teóricos ni ilusorios, sino concretos y efectivos (Gimeno, 2015: 291).

Una buena forma para analizar si la actividad del defensor ha sido efectividad, pudiera ser, precisamente, mediante el análisis de su actividad probatoria en tres rubros:

- a). Si ha practicado u ofrecido actos de investigación en la etapa de investigación, si ha ofrecido medios de prueba en la etapa intermedia y si, estando presente en práctica de medios de prueba como testigos o peritos, ha interrogado o contrainterrogado.
- b). Si ha realizado alegaciones para la defensa de su representado.
- c). Si ha interpuesto los medios de impugnación necesarios contra de las decisiones del órgano jurisdiccional o ejercido en contradictorio aquellos actos procesales de la contraparte.

Por supuesto que estos tres parámetros no son los únicos, pero sirven como una base objetiva mínima para advertir el grado de efectividad del defensor en el proceso, incluso será necesario tener en consideración los impedimentos reales para visualizar una explicación o justificación por los que no se haya realizado alguna o todas esas actividades.

Sin duda que la efectividad de la función del órgano técnico de defensa es tan importante, que cuando no se desarrolla en términos adecuados, nace la obligación en el Estado —a través del órgano decisor— de intervenir para su tutela, lo que nos lleva a nuestro siguiente punto.

vii. Secreto profesional

Al defensor, público o privado, le asiste la obligación de no comunicar ni declarar la información que adquiriera con motivo de la representación que asume. Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 16 de nuestra CPEUM y CNPP, y debemos considerar que su violación puede dar pauta a un delito de violación al secreto profesional.

Este aspecto presenta diversos problemas; por ejemplo, es posible que el justiciable revele secretos al defensor a efectos de que pueda declarar. Esto llega a acontecer cuando un defensor que intervino en ciertas etapas del procedimiento o que se dice que intervino, es ofrecido como medio de prueba y comparece ante el juez de la causa para ser interrogado por el justiciable o su nuevo defensor, por aquel se apegaba a su secreto profesional.

Otro problema se presenta en los casos de regímenes o reglas procesales de excepción, como cuando se emiten leyes contra el terrorismo, en las que se llega a autorizar la intervención entre justiciable y defensor.

4.6. El derecho a ser informado de los cargos y acceso a la información de manera oportuna y completa

Hemos dicho que el derecho a la defensa inicia desde el momento mismo en que la libertad de una persona se ve amenazada por cualquier acto inicial del proceso; en este sentido, se plantean dos escenarios en los que ello pudiera acontecer. Esto es importante porque a partir de ese momento, la defensa debe ser informada de los cargos, y que se le proporcione acceso a la información del caso en forma oportuna y completa.

El derecho a ser informado de los cargos debe circunscribirse a cada uno de los momentos en que esto debe hacerse, pues el contexto fáctico, probatorio y jurídico puede variar, y son estos aspectos junto con la gama de derechos que tiene el justiciable lo que debiera informársele al defendido.

Nuestro sistema de justicia penal dispone que la persona detenida deba ser informada de sus derechos y hacerle saber los cargos en diversos momentos del procedimiento: cuando es detenida, cuando es presentada ante el Ministerio Público y al inicio de la audiencia inicial y cuando se le formula la imputación.

Por lo que respecta al derecho a acceder a la información del caso, es necesario considerar, a los efectos de garantizar y acrecentar el derecho a la defensa, que sea en un tiempo oportuno y de forma completa.

En cuanto al momento y tiempo en que se debe poder acceder al expediente e información del caso, consideramos que estos aspectos se ciñen a los tiempos procesales y escenarios que han sido planteados sobre el momento en que surge el derecho a la defensa, pero también debemos ponderar la etapa procedimental en que es necesario dicho acceso.

En este sentido tenemos que el derecho en análisis es aplicable a todas las etapas del proceso, según se ha sostenido en el derecho internacional de los derechos humanos por parte del Comité de Derechos Humanos en el *Caso Brown contra Jamaica* (Caso Jamaica, 1999, párrafo 6.6) y la Comisión-IDH en el caso *Figueredo Planchart contra Venezuela* (caso Venezuela, 2000, párrafo 112).

Poder acceder a la información del caso con el tiempo adecuado es fundamental para preparar y desarrollar la defensa, pues es común que en ciertos momentos del proceso se dé acceso de la información con tiempos en los que no sería humanamente posible preparar la defensa. Pensemos en las audiencias iniciales que se solicitan teniendo al justiciable detenido, en las que es común que se corra traslado o proporcione la carpeta a la defensa con una o unas cuantas horas previas a la audiencia. Esto es muy común cuando hay cambio de defensa en la investigación inicial o no hay continuidad de defensor que asiste en esta investigación y el que asiste en la audiencia inicial, por lo que difícilmente podrá prepararse la defensa. Tal vez se podrá decir que en estos casos es posible hacer dos cosas: (1) Pedir al Juez un receso para preparar la defensa o (2) escuchar la formulación de imputación y solicitud de vinculación a proceso, para después solicitar que no resuelva la vinculación a proceso para pedir que sea en el plazo ordinario de 72 horas o el plazo prorrogado de 144 horas, y de esta manera tener mayor tiempo para conocer el caso y desarrollar los actos de defensa.

Sin embargo, estas dos alternativas implicarían, (i) que en la entrevista previa y privada el defensor no podría desarrollar una asesoría en favor del representado en forma adecuada porque no ha podido conocer el caso de manera completa, (ii) muy probablemente no podría desarrollarse una defensa adecuada en el debate sobre la legalidad de la detención, (iii) aún y cuando el justiciable puede declarar en cualquier momento no sería aconsejable hacerlo

después de que se le formule la imputación porque no se le ha podido brindar la asesoría adecuada, (iv) no se podrían ofrecer o solicitar auxilio ministerial o judicial para practicar medios de prueba o presentar datos de prueba en favor de la persona defendida —al menos no ese momento—, v) la facultad de la defensa para pedir aclaraciones o precisiones respecto a la formulación de imputación difícilmente podría ejercerse de forma correcta, entre otras más.

En este sentido, tenemos el *Caso Castillo Petruzzi* (Caso Perú, 1999, párrafos 138 y 141) en donde la Corte-IDH concluyó que el hecho de que los defensores sólo pudieron consultar los autos 12 horas antes de la sentencia implica que el acceso limitado a los autos que sustentan una acusación era incompatible con el derecho del acusado a tener conocimiento oportuno y completo de los cargos que le hacían.

En los casos en que la persona defendida no se encuentra detenida y la defensa la necesidad de tener acceso a la información del caso, ha implicado que se susciten debates sobre el momento en qué debe tener acceso al expediente.

Resulta ilustrativa la Observación General número 13 del Comité de Derechos Humanos en la que se señala, punto 8, que entre las garantías mínimas de un proceso penal se encuentra aquella que se refiere al derecho de toda persona a ser informada, en un idioma que comprenda, de la acusación formulada contra ella. En este sentido, el Comité observa que en los informes de los Estados no se indica con qué frecuencia y la manera en que se respeta y garantiza este derecho, y que el derecho a ser informado “sin demora” de la acusación exige que la información se proporcione de la manera descrita tan pronto como una autoridad competente formule la acusación.

En opinión del Comité, este derecho debe surgir cuando, en el curso de una investigación, un tribunal o una autoridad del Ministerio Público decida adoptar medidas procesales contra una persona sospechosa de haber cometido un delito o la designe públicamente como tal. Las exigencias concretas del apartado a) del párrafo 3 pueden satisfacerse formulando la acusación ya sea verbalmente o por escrito, siempre que en la información se indique tanto la ley como los supuestos hechos en que se basa. De esta manera vemos que la doctrina del Comité sobre el derecho en análisis indica que un factor importante a considerar para hacer saber los cargos es cuando se pretende tomar medidas procesales en contra de una persona con motivo

de una investigación o cuando sea señalada públicamente, por ejemplo, cuando se le pretende detener o cuando se le acusa ante terceros de ejecutar o participar en un hecho delictivo.

Asimismo, la Observación General Número 13 del Comité de Derecho Humanos señala en el punto 9, apartado b) del párrafo 3, que el acusado debe disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y poder comunicarse con un defensor de su elección. Lo que constituye un “tiempo adecuado” depende de las circunstancias de cada caso.

En relación al derecho al acceso a la información completa, debemos tener en cuenta que en la Observación General Número 13 del Comité de Derecho Humanos, punto 9, apartado b) del párrafo 3, indica que el acceso debe incluir los documentos y demás testimonios que el acusado necesite para preparar su defensa, así como para contratar a un abogado y de comunicarse con éste.

En este orden de ideas tendríamos que la negativa o limitación para acceder al expediente o lugar donde obra la información o pruebas, conlleva afectar el derecho a tener acceso en forma oportuna y completa a la información del procedimiento y, por ende, al de la defensa en tanto que, id est, no podría prepararse o desarrollarse alegando, probando o impugnado.

4.7. El principio de contradicción

Es necesario considerar que el principio de contradicción, si bien tiene implicaciones importantes con el derecho a la defensa, se encuentra referido de manera amplia para todo tipo de procesos y partes procesales, donde tendrá cierto tipo de limitaciones que son propias a cada tipo de proceso.

En este sentido, autores como Ubertis (2017), han advertido una diferencia entre aquel principio —que tradicionalmente se enuncia con el brocardo *audiatur et altera pars*— que aplica para todo tipo de proceso, y el derecho a la defensa que, como ya sabemos, se circunscribe como un derecho y garantía en el ámbito penal.

Así, el principio de contradicción tendría que entenderse no sólo para la defensa, sino también para la fiscalía y asesoría jurídica, pues desde su origen, en el Medioevo (Gutiérrez-

Alviz, 2012: 20), fue confeccionado como *solemnis ordo iudiciarius*, que implicaba un conjunto de reglas procedimentales que se conocía bajo el famoso brocardo aludido: *audiatur et altera pars*, esto es, *escuchar a la otra parte*. Esta referencia nos parece importante porque nos advierte que la conformación de este principio tenía las siguientes implicaciones:

Este principio implicaba un *ars opp.onendi et respondendi*, una regla que aseguraba a los litigantes reciprocidad e igualdad de trato en las distintas fases del procedimiento, a saber: *citatio*, *defensoi* y *ordo probationun* [emplazamiento y actos de comunicación, de alegaciones y de prueba (Gutiérrez-Alviz, 2012:23)]. En él reside, pues, la esencia y el fundamento del orden judicial, *ordinis iudicarii fundamentum* y de toda la filosofía procesal medieval. Y este esencial legado con su rica evolución histórica y doctrinal, ha llegado hasta nuestros días erigiéndose como un principio fundamental del proceso, de todo tipo de procesos, hasta el punto que sin él y lo que comporta difícilmente podíamos hablar de proceso jurisdiccional en nuestra cultura jurídica (Gutiérrez-Alviz, 2012: 20).

En el ámbito de la defensa penal, autores como Gimeno Sendra (*cit.* en Gutiérrez-Alviz, 2012: 31), sostienen que “el fundamento del derecho a la defensa no es otro, sino el del propio principio de contradicción, el cual resulta ser consustancial a la idea del proceso”, lo cual consideramos es así porque la defensa debe poder cuestionar todo aspecto que se pretenda tomar en consideración para emitir cualquier tipo de decisión que pueda tener alguna incidencia, directa o indirecta, a la esfera jurídica del justiciable; por ejemplo, se debe tener la posibilidad jurídica y real de contradecir las alegaciones, la prueba —entendida *latu sensu*— o ejercer la impugnación mediante los medios ordinarios o extraordinarios.

De esta manera, podemos ver que, como afirma Gutiérrez-Alviz (2012: 21), la importante interacción entre el principio de contradicción y el derecho a la defensa como implicaciones en el diverso derecho a ser oído y vencido en un juicio, con todos los derechos previo a toda afectación de derechos, y no sólo cuando se trata de condena penal.

Algunos autores como Juan Montero Aroca, se refieren indistintamente al principio de audiencia o audiencia, que resulta común a todo tipo de proceso donde debe existir una igual-

dad procesal entre las posiciones de las partes para poner las condiciones para que sea diferenciado dicho principio del derecho a la defensa, pues este es de rango fundamental a través del cual las partes pueden alegar y probar (Gutiérrez-Alviz, 2012: 22).

Por su parte, Ferrajoli indica que la defensa “...es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes” (2004: 613).

En el garantismo del que nos habla Ferrajoli (2004), ya vimos que no es de todo satisficible en tanto se trata de un modelo límite y sólo tendencial, que parte de un *grado máximo* en el que se incluyen diez axiomas, clásicos en el derecho penal liberal, que suelen ser expresados bajo una tradición escolástica. Importa destacar ahora los siguientes:

A8 Nulla audicium sine accusatione (Principio acusatorio), *A9 Nulla accusatio sine probatione* (Principio de verificación o carga de la prueba) y, sobre todo, *A10 Nulla probatione sine defensione* (Principio de defensa, contradicción o refutación).

Podemos darnos cuenta que en estos tres axiomas cobra vital importancia el principio de contradicción al momento en que se forma la prueba, pues en un primer momento la fiscalía ejerce las acciones tendientes a cumplir con su carga probatoria —*Nulla audicium sine accusatione* y *Nulla accusatio sine probatione*— en diversas audiencias dentro del proceso penal (*verbigracia* la audiencia inicial o de juicio cuando aporta los elementos probatorios que se dirigen a la obtención de un auto de vinculación a proceso o sentencia definitiva), por lo que al aportar su material probatorio, se genera la condición para que la defensa haga lo propio, es decir, verifique o contradiga tanto la hipótesis acusatoria como genere su prueba para respaldar su hipótesis fáctica de inocencia (*Nulla probatione sine defensione*).

El principio de contradicción es fundamental para formar la prueba en el proceso penal, lo cual fue advertido por Devis Echandía cuando señala que dicho principio

significa que para la eficacia de toda la prueba en el proceso es necesario que la parte contra quien se aduce haya tenido oportunidad de contradecirla; por eso las declaraciones de testigos obtenidas antes del proceso por la policía judicial o por el juez o fiscal instructor sin haberse citado al reo, o a su defensor, deben ser ratificadas dentro de éste para que puedan ser estimadas como prueba, y las otras diligencias

practicadas en esas condiciones deben repetirse para que tengan mérito probatorio (Miranda, 1997: 274).

De esta manera, podemos darnos cuenta que el principio de contradicción puede ser entendido desde una perspectiva epistemológica, pues posee un valor heurístico que resalta su cualidad como método dialéctico de las partes procesales, pues al desarrollarse en condiciones de igualdad, es posible asegurar un mejor conocimiento sobre los hechos y, eventualmente (*cfr.* Ubertis, 2017: 59 y 99, y Gutiérrez-Alviz, 2012: 20), estar en mejores condiciones para que podamos acercarnos a la verdad de lo ocurrido; de este modo, se propician condiciones para una resolución más justa, porque algo que parece incuestionable, la decisión justa exige la verdad sobre los hechos alegados.

El desarrollo del principio contradictorio en el proceso, visto como dialéctica, es explicado por Alvarado Velloso, en el sentido de que un pretendiente afirma un hecho (acusación), el resistente lo niega (defensa); correspondiéndole al juez determinar su demostración o no, sobre la base de los elementos probatorios que las partes hayan aportado conforme a las reglas procesales establecidas.

Para cumplir con el principio de contradicción, es necesario que a la práctica de cualquier diligencia concurren las partes procesales a la sede judicial, y de esta manera se tengan las mejores condiciones para desarrollar el acto procesal que motiva la diligencia, por ejemplo, desarrollar los debates o practicar medios de prueba en audiencias inicial, sustitución o modificación de la medida cautelar, audiencias para debatir sobreseimiento del proceso, audiencias intermedias y, por supuesto, audiencia de juicio oral, así como la de individualización de sanciones y aquellas que deban celebrarse en ejecución penal.

Vemos que el principio de contradicción se encuentra directamente vinculado a la estructura misma del proceso, así como con el resto de los principios y garantías procesales, especialmente el derecho a la defensa, razón por la que su observancia es un requisito ineludible para la efectiva realización de un juicio justo o con todos los derechos, como ya se ha indicado.

El principio de contradicción también es importante en los medios de impugnación, pues a través de los mismos se ejerce un control intersubjetivo amplio de la decisión, abarcando

tanto los hechos como el derecho. Esto último es muy importante porque la actividad probatoria culmina, por lo general, con la elección de una de las hipótesis fácticas que son sometidas a la verificación judicial, lo que de suyo implica un cierto margen de incertidumbre y libertad al momento en que se haga dicha elección, lo que a su vez conlleva determinado poder que debe ser controlado en la mayor medida de lo posible para evitar la arbitrariedad e injusticia de la resolución.

Se ha insistido en la necesidad de que las resoluciones estén soportadas en enunciados fácticos verdaderos, para que las mismas sean justas, dada la relación entre verdad y justicia, y de ahí la importancia de que la selección de la hipótesis fáctica sea justificada en la racionalidad y pueda ser controlada (*vid.* Andrés Ibáñez , 2007: 74).

CONCLUSIONES

PRIMERA. Con base al análisis realizado, considero que el pensamiento ilustrado constituyó un punto de quiebre en la ideología de la historia humana, pues sus postulados tuvieron un impacto de manera significativa en los principios que soportan el actual Estado democrático de derecho y, por consecuencia, el sistema de justicia penal acusatorio vigente en nuestro país. Una de las mayores repercusiones del Siglo de las luces tiene que ver con la lucha por el reconocimiento y consolidación de los derechos fundamentales, punto esencial en Estados de derecho que se dignan de ser democráticos.

Sin embargo, el desarrollo de derechos para la época resultaba por demás precario, ante una ideología que seguiría por largo tiempo priorizando la represión y el castigo, por un lado, y estatuyendo pretensiones utilitarias por el otro, en completo abandono del derecho y principio de dignidad, para entonces tampoco incluido como categoría jurídica. Durante al menos dos siglos, el derecho penal se consolidaría en su pretensión represiva y los mecanismos de garantía, como el proceso penal –ahora identificado como mixto-inquisitivo– sería congruentes con tal pretensión, pero totalmente incompatibles con la dignidad humana y con los derechos humanos.

Los derechos a la defensa y a la prueba resultan esenciales en los sistemas de justicia penal acusatoria que suponen un Estado democrático de derecho, y el origen de esos derechos, en nuestra era moderna, se puede ver en el pensamiento ilustrado, ya que aquí se habla de elementos esenciales que se deben considerar en el diseño de dichos derechos y que en buena medida abonan para darle contenido a la escuela o teoría jurídica del garantismo penal, pero para ello resultaría indispensable el diseño de un mecanismo de garantía idóneo a tal pretensión; de ahí la razón de ser de los modelos procesales acusatorios, cuya finalidad es hacer posible todos los derechos sustantivamente consagrados como el derecho a probar y a la defensa.

Por supuesto que existen diferencias importantes entre los postulados de la Ilustración y el garantismo que postulan autores como Ferrajoli, pues esta última corriente antepone la defensa de la dignidad humana por sobre un modelo de defensa social, además de considerar a la sanción como una consecuencia y no como un castigo que conlleva una visión

retribucionista que deja ver sus fines utilitaristas; sin embargo, hay puntos importantes de coincidencias que tienen que ver con los derechos fundamentales, y particularmente nos interesa los postulados que tienen que ver con el derecho a la defensa y el derecho a la prueba.

Esto es importante porque el poder reformador de 2008 pretende instituir un sistema de justicia penal garantista, y no puede existir este sin una sólida configuración y regulación de los derechos a la defensa y a la prueba.

SEGUNDA. En la actual configuración del derecho a la defensa en nuestro marco jurídico se pueden encontrar elementos propuestos por el pensamiento ilustrado, los que a su vez resultan esenciales en sistemas de justicia penal garantistas. Esto es importante porque con base a dicha configuración se puede advertir que la defensa tiene una doble naturaleza jurídica, esta es, como derecho humano positivizado —fundamental— y como garantía en tanto constituye un mecanismo para la defensa de todos los demás derechos del justiciable.

Para afirmar que el derecho a la defensa es adecuado y efectivo, es necesario que el mismo tenga los elementos siguientes: la dualidad del derecho a la defensa, el derecho a ser informado de los cargos y acceder a toda la información que la soporta en forma completa y oportuna, el principio de contradicción, el derecho a la prueba, el derecho a alegar y el derecho a impugnar. Estos elementos serían en su conjunto necesarios y suficientes para afirmar la existencia de aquel derecho y, de esta manera, toda persona justiciable podrá tener la oportunidad para desarrollar su defensa para procurar su libertad, sea refutando —toda o parte— o probando —la falsedad total o parcial— una hipótesis incriminatoria, probando una versión de hechos que sostiene su inocencia o que busca atenuar la responsabilidad; o, defender cualquier afectación a sus derechos fundamentales en el procedimiento penal.

TERCERA. Un elemento que resalta entre aquellos que integran el derecho a la defensa, es el derecho a la prueba que puede ser entendido bien bajo una concepción persuasiva de la prueba o, bien, conforme a una concepción racional de la prueba. Esta última es la que consideramos potencializa el derecho a la prueba y, por tanto, el de la defensa, pues ofrece un esquema racional para maximizar la oportunidad para probar la inocencia del justiciable o la falsedad de la acusación.

El derecho a la defensa y a la prueba —conforme a una concepción racional— resultan sumamente importantes para la determinación judicial de los hechos y, por

consecuencia, para la actualización de la norma penal que se pretende aplicar al justiciable, pues el razonamiento probatorio ofrece herramientas racionales para poder desarrollar de mejor manera la actividad probatoria y la determinación judicial de los hechos, asegurando una efectividad a dichos derechos al momento en que se habrá de tomar la decisión final de juicio.

De esta manera podemos ver que la concepción racional de la prueba resulta acorde a una buena parte de los postulados del garantismo penal.

CUARTA. La regulación del derecho fundamental a la defensa adecuada en nuestro orden jurídico nacional, en cuanto a sus contenidos y elementos, es en buena medida garantista, y se puede ver que en diversos aspectos guarda similitud con diversas ideas que el pensamiento ilustrado pugno para que se le reconocieran a la defensa del justiciable. Asimismo la significación de los elementos que integran el derecho a la defensa tiende a retomar diversos parámetros de la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, pues al momento de aplicar diversos dispositivos que disciplinan el derecho a la defensa retoman aquella doctrina, sin embargo, diversos órganos jurisdiccionales de primera instancia hacen un entendimiento más restrictivo y desapegado a dichos cánones, y es hasta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiales donde se retoman debates en los que suele hablar de postulados garantistas y convencionales en el diseño del derecho a la defensa.

La defensa del justiciable en el proceso penal, de raigambre ilustrada y garantista, emerge como derecho humano que con el devenir histórico se tornó fundamental y también como una garantía procesal para los demás derechos, al grado de constituir un signo esencial y característico de aquellos sistemas de justicia penal acusatorios de corte democrático, y que sin el cual difícilmente se podría hablar de Estado democrático de derecho, por lo que su vigencia y sólida regulación debe ser guiada por postulados garantistas que, a su vez, fueron nutridos en buena medida por el pensamiento ilustrado. Todo esto nos debe servir como luz para no caer en el oscurantismo que ha caracterizado diversos sistemas de justicia penal que han imperado en Estados autoritarios donde la defensa “brillaba por su ausencia”.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía y Hemerografía:

- ABEL LLUCH, Xavier (2012), *Derecho Probatorio*, Barcelona: Editorial Bosch.
- ALVARADO VELLOSO, (2006), *Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa*, Buenos Aires: Iuris.
- ANDERSON, Terence, SCHUM, David y TWINING, William (2015), *Análisis de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto (2003), “Sobre el valor de la intermediación. Una aproximación crítica”, en *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, Marzo 2003, No. 46, Madrid: Asociación Jueces y Jueces para la Democracia.
- _____ (2007), *Los hechos en la sentencia penal*, México: Editorial Fontamara.
- BECCARIA, Cesare (2015), *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- BENÍTEZ TREVIÑO, Víctor H. (2005), *Ponciano Arriaga: defensor paradigmático de los pobres*, Toluca: Universidad Autónoma del Estado de México.
- BENTHAM, Jeremy (1843), *Tratados sobre la organización judicial y la codificación* (trad. de Baltasar Anduaga Espinosa), Madrid: Oficina del Establecimiento Central.
- _____, (2008), *Tratado de las pruebas judiciales*, México: Ángel Editor.
- CÁRDENAS RIOSECO, Raúl F. (2009), *El derecho de defensa en materia penal. Su reconocimiento constitucional, internacional y procesal*, México: Editorial Porrúa.
- CHIESA, Ernesto (2005), *Tratado de derecho probatorio*, Tomo II, EUA: Publicaciones JTS.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge A. (1982), *Derecho Procesal I y II*, Buenos Aires: De Palma.
- DE LARDIZÁBAL Y URIBE, Miguel (1982), *Discurso sobre las penas*, México: Editorial Porrúa.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique (2004), *Dolo: Causalismo-Finalismos-Funcionalismo y la reforma penal en México*, México: Editorial Porrúa.
- FERRAJOLI, Luigi (2004), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Editorial Trotta.
- _____ (2016), *Los derechos y sus garantías. Conversación con Mauro Barberis*, Madrid: Editorial Trotta.

- FERRER BELTRÁN, Jordi (2003), “Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales”, en *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, Julio 2003, No. 47, Madrid: Asociación Jueces y Jueces para la Democracia.
- _____ (2005), *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- _____ (2007), *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- _____ (2016), *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima: Grijley.
- FILANGIERI, Gaetano (2018), *Ciencia de la legislación*. Vol. I, Madrid: Colección de Filosofía del Derecho, Imprenta Nacional de la Agencia Estatal.
- GARCÍA AMADO, Juan A. (2013), *Razonamiento jurídico y argumentación: Nociones Introductorias*, León: EOLAS Ediciones.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina (2009), “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en Ortega Gomeró, Santiago (Ed.), *Proceso, prueba y estándar*, Lima: ARA editores.
- _____ (2010), *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GIMENO SENDRA, Vicente (2015), *Derecho procesal penal*, Navarra: Civitas y Thomson Reuters.
- GOMETZ, Gianmarco (2012), *La certeza jurídica como previsibilidad*, Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel (2013), *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción*, México: Editorial Fontamara.
- _____ (2014), “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, en García Amado, Juan A. y Bonorino, Paul R. (Coords.) (2014), *Prueba y razonamiento probatorio en derecho*, Granada: Editorial Comares.
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino (2012), *El derecho de la defensa y la profesión de abogado*, Madrid: Librería Jurídica Atelier.
- HAACK, Susan (2013), “El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica”, en Vázquez, Carmen (Ed.) *Estándares de prueba y prueba científica*, Madrid: Marcial Pons.
- HARFUCH, Andrés y GARCÍA, Marcelo (2016), *La defensa pública penal. De la inquisición al sistema acusatorio, modelos de actuación, litigio y organización*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- LAUDAN, Larry (2011), *El estándar de prueba y las garantías en el proceso*, Buenos Aires: Hamurabi.
- _____ (2013), *Verdad, error y proceso penal: Un ensayo sobre epistemología jurídica* (Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera), Madrid: Marcial Pons.
- LUBAN, David (2013), “¿Existe el derecho humano a un abogado?”, en García Pascual, Cristina (2013), México: Tirant Lo Blanch.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel (1997), *La mínima actividad probatoria*, Madrid: José María Bosch.
- NIEVA FENOLL, Jordi (2010), *La valoración de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- _____ (2012), *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: B de F.
- NIKKEN, Pedro (1994), “El concepto de derechos humanos”, en *Estudios básicos de derechos humanos*, San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- PISARELLO, Gerardo (2007), *Los derechos sociales y sus garantías*, Madrid: Editorial Trotta.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2003), *La filosofía penal de la Ilustración*, México: INACIPE.
- RODOTÁ, Stefano (2014), *El derecho a tener derechos*, Madrid: Editorial Trotta.
- ROJAS CABALLERO, Ariel (2015), *El control difuso y la recepción del control de convencionalidad en materia de derechos humanos en México*, Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- SENTÍS MELENDO, Santiago (1979): *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- SUMMERS, Sarah (2020), “Remedios probatorios por infracciones de garantías procesales” en *Razonamiento probatorio en el proceso judicial* (2020), Madrid: Marcial Pons.
- TARUFFO, Michele (2008), *La prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- _____ (2009), *La prueba de los hechos* (trad. Jordi Ferrer Beltrán), Madrid: Editorial Trotta.
- UBERTIS, Giulio (2017), *Elementos de epistemología del proceso judicial*, Madrid: Editorial Trotta.
- VÉLEZ MARICONDE, Alfredo (s/a), “El principio de inviolabilidad de la defensa”, en *Revista de derecho procesal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- ZAMORA GRANT, José (2012), *Justicia penal y derechos fundamentales*, Ciudad de México: CNDH.

Normativa y Jurisprudencia

Caso Willard Collins vs Jamaica (Caso Jamaica) (1991), Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del artículo 28 del PIDCP, párrafo 8.3, Jamaica: Comité de Derechos Humanos, disponible en URL <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/240-1987.html>, consultado el 20 de enero de 2021.

Caso Suárez Rosero vs Ecuador (Caso Ecuador) (1997), Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf, consultado el 20 de enero de 2021.

Caso 11.509, Manuel Manríquez contra México (Caso México) (1999), Informe No. 2, de fecha 23 de febrero de 1999, párrafos 86, 102, 104 y 105, Washington, DC: Comisión Interamericana de

Derechos Humanos, en URL <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Mexico%2011.509.htm>, consultado el 20 de enero de 2021.

Caso Brown vs Jamaica (Caso Jamaica) (1999), Comité de Derechos Humanos establecido en virtud del artículo 28 del PIDCP, párrafo 6.6, Jamaica: Comité de Derechos Humanos, disponible en URL <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/775-1997.html>, consultado el 20 de enero de 2021.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (Caso Perú) (1999), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 30 de mayo de 1999, párrafo 139, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf, consultado el 23 de enero de 2021.

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Venezuela (Caso Venezuela) (2000), Informe No. 50/00, de fecha 13 de abril de 2000, párrafo 112, Washington, DC: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en URL <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Venezuela11298.htm>, consultado el 14 de enero de 2021.

Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú (Caso Perú) (2001), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 31 de enero de 2001, párrafo 69, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf, consultado el 23 de enero de 2021.

Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica (Caso Costa Rica) (2004), Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 2 de julio de 2004, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf, consultado el 23 de enero de 2021.

Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú (Caso Perú) (2004), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párrafo 24, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL <https://www.corteidh.or.cr/corteidh/tablas/fichas/loriberenson.pdf>, consultado el 23 de enero de 2021.

Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay (Caso Paraguay, 2005), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 17 de junio de 2005, párrafo 117, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf, consultado el 23 de enero de 2021.

Caso García Asto y Ramírez Rojas vs Perú (Caso Perú, 2005), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 25 de noviembre de 2005, párrafo 152, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_137_esp.pdf, consultado el 23 de enero de 2021.

Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados (Caso Barbados) (2009), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, párrafo 24, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf, consultado el 23 de enero de 2021.

- Caso Barreto Leiva vs. Venezuela* (Caso Venezuela) (2009), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, párrafo 62, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf, consultado el 23 de enero de 2021.
- Caso Radilla Pacheco vs. México* (Caso México) (2009), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/radillapacheco.pdf>, consultado el 25 de enero de 2021.
- Caso Velez Loor vs. Panamá* (Caso Panamá) (2010), Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, párrafo 132, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf, consultado el 25 de enero de 2021.
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (Caso México) (2010), Excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrafo 155, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf, consultado el 25 de enero de 2021.
- Caso González Medina y familiares vs República Dominicana* (Caso República Dominicana) (2012), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 27 de febrero de 2012, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/gonzalezmedina.pdf>, consultado el 25 de enero de 2021.
- Caso Masacres de Río Negro vs Guatemala* (Caso Guatemala, 2012), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2012, párrafo 156, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL <https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/nadegedorzema.pdf>, consultado el 25 de enero de 2021.
- Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana* (Caso Dominicana) (2012), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 24 de octubre de 2012, párrafo 156, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf, consultado el 25 de enero de 2021.
- Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs Chile* (Caso Chile) (2014), Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 29 de mayo de 2004, párrafo 242, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf, consultado el 28 de enero de 2021.
- Caso Amrhein y otros Vs. Costa Rica* (Caso Costa Rica) (2018), Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de abril de 2018, párrafo 256, San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf, consultado el 28 de enero de 2021.
- Caso Montesinos Mejía vs. Ecuador* (Caso Ecuador) (2020), Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de enero de 2020, párrafo 89, San José: Corte Interamericana

de Derechos Humanos, en URL https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_398_esp.pdf, consultado el 28 de enero de 2021.

Código Nacional de Procedimiento penales (CNPP) (2014), publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, México: Secretaría de Gobernación.

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión (CPPDP) (1988), resolución 43/173, del 9 de diciembre de 1988, Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/detentionorimprisonment.aspx>, consultada el 10 de enero de 2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) (2021), Ciudad de México: Secretaría General, Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969), San José: Organización de Estados Americanos.

Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (CVRC) (1967), Nueva York: Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en URL <https://www.oas.org/legal/spanish/documentos/convvienaconsulares.htm>, consultada el 10 de enero de 2021.

Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) (1948), Nueva York: Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

Derechos Humanos. Manual para Parlamentarios No. 26 (DHMP) (2016), Nueva York: Unión Parlamentaria-Organización de las Naciones Unidas.

Ley Federal de Defensoría Pública (LFDP) (1998), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 1998, México: Secretaría de Gobernación.

Ley Reglamentaria del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativa al ejercicio de las profesiones en la Ciudad de México (LRPCDMX) (1945), publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 26 de mayo de 1945, México: Secretaría de Gobernación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (1966), Nueva York: Secretaría de las Naciones Unidas.

Principios Básicos sobre la Función de los Abogados (PBFA) (1990), La Habana: Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, disponible en URL <http://hrlibrary.umn.edu/instree/spanish/si3bpri.html>, consultado el 14 de enero de 2021.

“¿Qué son los derechos humanos?” (ONU) (2020), definición en sitio web de la Organización de las Naciones Unidas, disponible en URL <https://hchr.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos/>, consultado el 11 de enero de 2021.

“¿Qué son los derechos humanos?” (CNDH) (2021), definición en sitio web de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, disponible en URL <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>, consultado el 14 de enero de 2021.

Reglas Nelson Mandela (Reglas Mandela) (2015), *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*, Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, disponible en URL https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-S-ebook.pdf, consultada el 11 de diciembre de 2020.