



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“LA AUTORIZACIÓN DEL PASANTE DE DERECHO PARA
INTERVENIR COMO DEFENSOR DEL IMPUTADO,
UNA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO NACIONAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES”

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
HUGO ARMANDO DURAN PAZ



ASESOR: MTRA. CARMEN LLUVIA CAMPA MORALES

NETZAHUALCÓYOTL, ESTADO DE MÉXICO, 2017.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**LA AUTORIZACIÓN DEL PASANTE DE DERECHO PARA
INTERVENIR COMO DEFENSOR DEL IMPUTADO,
UNA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO
NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

ÍNDICE.

Introducción.....	I - II
-------------------	--------

CAPITULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ASISTENCIA JURÍDICA.

1.1 LA HISTORIA DE LA ABOGACÍA.....	1
1.1.1 La abogacía en Grecia.....	2
1.1.2 La abogacía en Roma.....	3
1.1.3 La abogacía en España.....	6
1.1.4 La abogacía en la Nueva España.....	7
1.2 LA HISTORIA DEL DERECHO DE DEFENSA.....	10
1.3 LA HISTORIA DEL DEBIDO PROCESO.....	14
1.3.1 En América latina.....	15
1.3.2 En México.....	21
1.4 LA HISTORIA DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN MÉXICO.....	24
1.4.1 En el México Colonial.....	25
1.4.2 En la Constitución del Estado Nacional.....	26
1.4.3 En la República Restaurada y el Porfiriato.....	32
1.5 LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROFESIONES.....	33
1.6 ULTIMAS REFORMAS EN MATERIA PENAL EN MÉXICO.....	33
1.6.1 Decreto publicado el 18 de Junio de 2008.....	34
1.6.2 Decreto publicado el 10 de Junio de 2011.....	35
1.6.3 Decreto publicado el 08 de Octubre de 2013.....	36
1.6.4 Decreto publicado el 05 de Marzo de 2014.....	37

CAPITULO 2. LA DEFENSA TÉCNICA COMO PRESUPUESTO DEL DEBIDO PROCESO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

2.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	39
2.2 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA	
LATINOAMERICANA.....	40
2.2.1 Concepto.....	43
2.2.2 Objeto.....	47
2.2.3 Elementos.....	51
2.2.4 Ámbitos de protección.....	55
2.2.5 Efectos del control por afectación.....	62
2.2.6 Limites.....	65
2.3 LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.....	66
2.4 EL DERECHO DE DEFENSA.....	69
2.5 LA DEFENSA ADECUADA.....	79
2.5.1 Capacidad técnica del defensor o defensa técnica.....	91
2.6 EL EJERCICIO PROFESIONAL EN MÉXICO.....	98
2.6.1 Profesión.....	107
2.6.2 Cedula profesional con efectos de patente.....	109
2.6.3 Autorización provisional para ejercer la profesión.....	112
2.6.4 Infracciones, sanciones y multas.....	114
2.7 LA ENSEÑANZA PROFESIONAL A TRAVÉS DE LA	
REFLEXIÓN EN LA ACCIÓN.....	118
2.7.1 Conocer en la acción.....	120
2.7.2 Reflexión en la acción.....	121
2.7.3 La práctica.....	124

CAPITULO 3. LA AUTORIZACIÓN DEL PASANTE EN DERECHO PARA INTERVENIR COMO DEFENSOR DEL IMPUTADO. UNA PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

3.1 DESFASE DE LAS FIGURAS JURÍDICAS DE PASANTE DE DERECHO CON CARTA DE PASANTE Y PERSONA DE CONFIANZA.....	129
3.2 EL LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN LICITA.....	133
3.3 LA LIBRE ELECCIÓN DE ABOGADO DEFENSOR.....	140
3.3.1 El abogado	149
3.3.2 La abogacía.....	151
3.3.3 La misión del Abogado.....	152
3.4 LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.....	154
3.5 LA DEFENSA TÉCNICA COMO PRESUPUESTO DEL DEBIDO PROCESO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO NO SE VULNERA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DEL PASANTE CON CREDENCIA VIGENTE EXPEDIDA POR UNIDAD ADMINISTRATIVA COMPETENTE.....	156
3.6 PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.....	163
3.7 PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO PROFESIONAL EN EL DISTRITO FEDERAL Y EL REGLAMENTO DE DICHO ORDENAMIENTO LEGAL FEDERAL.....	165
3.8 VENTAJAS QUE REPRESENTARÍA EJERCER LA PROFESIÓN DE LICENCIADO EN DERECHO CON AUTORIZACIÓN PROVISIONAL DE PASANTE.....	168
CONCLUSIONES.....	170
FUENTES CONSULTADAS.....	172

INTRODUCCIÓN.

“Para el buen funcionamiento del sistema de justicia es necesario un nivel alto de confianza de los gobernados que en gran medida se encuentra en manos de los abogados.” Oscar Cruz Barney

La abogacía ha sufrido múltiples cambios a lo largo de su historia, sin embargo, esta investigación se centrará únicamente en los requisitos y expectativas que deben reunir las personas que la ejercen. Cambios que son observables a partir de sus albores en la cultura griega y romana, la inglesa en el Medievo, la francesa con el renacimiento, en Europa en la ilustración, en las trece colonias inglesas establecidas en el “nuevo mundo”, en el México colonial, la República restaurada, el porfiriato, así como en los decretos publicados en el diario oficial de la federación el 18 de junio de 2008; donde los últimos cambios se han visto permeados de la ideología de los Estados Unidos de Norte América, observables a través de la adopción de los derechos humanos como una de las dos normas supremas nacionales, específicamente con el debido proceso, el cual ha sido utilizado por el legislador federal como fundamento para desfasar la figura jurídica de pasante de derecho y con ello impedir que aquel pasante que cuenta con credencial vigente expedida a su favor por la unidad administrativa correspondiente, que le autoriza ejercer previsionalmente la profesión de licenciado en derecho, ejerza las funciones que le confiere la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional relativo al ejercicio profesional en el Distrito Federal y el reglamento de dicho ordenamiento legal federal, específicamente en la materia penal, sin darse cuenta que dicho desfase menoscaba otros derechos de igual jerarquía como el libre ejercicio de la profesión lícita, la libre elección de abogado defensor e igualdad y no discriminación, esto último en virtud que la Defensa Técnica, como presupuesto

del debido proceso en un Estado Constitucional de Derecho, no se vulnera con la asistencia jurídica de aquel pasante que cuenta con credencial vigente expedida a su favor por la unidad administrativa correspondiente, en virtud que durante la vigencia de dicha carta, éste se encuentra autorizado para ejercer plenamente la profesión de licenciado en derecho, donde, por supuesto, incluye la materia penal.

Ante lo cual, esta investigación propone que el Código Nacional de Procedimientos Penales sea inmediatamente reformado, con el objeto de restablecer los derechos tanto del pasante que cuenta con credencial vigente expedida a su favor por la Dirección General de Profesiones, como del imputado, y se permita la asistencia jurídica de dicho pasante en favor de aquella persona que se encuentre enfrentando la actividad punitiva del Estado. Para lo cual previamente se plantea un aumento en las exigencias requeridas por la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional relativo al Ejercicio Profesional en el Distrito Federal y el reglamento de dicho ordenamiento legal federal, para la expedición de la carta de pasante; de esta manera se protegería el ejercicio de la profesión lícita, la libre elección de abogado defensor, la igualdad y no discriminación, además de contar con pasantes mejor capacitados para la salvaguarda de la esfera de derechos del imputado.

Todo ello sin soslayar la facultad con la que cuenta el órgano jurisdiccional para retirar del cargo a aquel profesionista, que cuente con cedula profesional con efectos de patente o autorización provisional expedida por la Dirección General de Profesiones, que demuestre una continua y manifiesta incapacidad en materia penal. Toda vez que esta investigación comulga con dicha facultad, siempre y cuando sea objetiva, pues como todo abogado sabe, dicha potestad puede ser utilizada en perjuicio del defensor en múltiples supuestos, por mencionar uno de ellos, cuando el defensor no se lleve bien con el titular del órgano jurisdiccional, sin embargo, no se entrara al estudio de fondo de dicha facultad por no ser parte fundamental de esta investigación.

Es por todo lo anterior que el objeto de la presente investigación recae en demostrar al lector que el legislador federal comete un grave error al desfasar al pasante que cuenta con credencial vigente para ejercer la profesión de licenciado en derecho expedida a su favor por la Dirección General de Profesiones, y que si lo que pretende es salvaguardar la esfera de derechos del imputado, específicamente el debido proceso y la defensa adecuada, puede tomar otras alternativas que beneficiarían a la sociedad en su conjunto. Utilizando para ello el método inductivo.

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA ASISTENCIA JURÍDICA.

*La justicia es la constante y perpetua
voluntad de dar a cada uno su derecho.
Justiniano.*

1.1 LA HISTORIA DE LA ABOGACÍA.

El origen de la abogacía es tan antiguo como la humanidad misma, habida cuenta que en todas las épocas la ignorancia ha sido patrimonio de la mayor parte de los hombres y la injusticia el denominador común con el cual se ha procurado ejercer la tiranía de los poderosos. Por ello se ha debido recurrir, por necesidad, en toda época, a los individuos distinguidos por su talento, para que sean ellos los “patronos”, “voceros” o “defensores” de los ciudadanos desvalidos.

Según José María Martínez Val la abogacía nació 3000 años antes de Jesucristo en Sumeria, con motivo de la defensa de una mujer gravemente acusada. Manú, el primer gran recopilador de leyes en la India, ya refería: Sabios en las leyes podrían ilustrar sin estipendio alguno a quien lo necesitare.

Igual tradición refiere el Antiguo Testamento, entre los hebreos aparece el defensor, en el caso de Susana que fue acusada por dos ancianos, que ella había yacido con un joven y por lo mismo la pena era la de lapidación. Solo que, Daniel, el profeta bíblico, interrogando separadamente a los dos ancianos que habían jurado haber visto el trato sexual, logro por el hábil interrogatorio demostrar la inocencia de la joven, pues uno aseguraba que ocurrió debajo de un árbol llamado Lentisco y el otro, de uno llamado Encina.¹ Por su parte Isaías u Job dieron normas a los defensores para que actuaran en favor de mentecatos, menores, viudas y pobres.

¹ Sagrada Biblia. Libro de Daniel. Biblioteca de los autores cristianos, Edición Católica S.A. Madrid, 1962, p. 938.

Originalmente y conforme a la tradición hindú, hebrea e Israelita, no se cobraba el ejercicio de la actividad de los abogados. La tradición referida paso a Grecia y de ahí paso a Roma, y en esos países la abogacía era una actividad desempeñada por los selectos, ricos, poderosos; no se admitía a los esclavos ni a los desertores. El abogar era privilegio de caballeros.²

Es así como podemos ver que en los albores de la abogacía la actividad era ejercida por personas distinguidas por su talento para defender a los ciudadanos desvalidos, que no buscaban un lucro, aunque dicha actividad les confería distinciones e influencias, sin embargo, cualquiera que tuviera la destreza de proteger los derechos de los demás podía ser considerado como abogado.

1.1.1 La Abogacía en Grecia.

En Grecia los dedicados a la abogacía eran excelentes oradores y destaca entre ellos la figura de Demóstenes, que vivió de 384 a 322 a. de C.

Se recuerda a Antiosates como el primero que recibió formalmente un pago por sus servicios profesionales y a Pericles se le conoció como el primer abogado profesional. En Grecia, precisamente, la abogacía fue reconocida primero como una profesión y Solón fue quien reglamento su ejercicio.

Cicerón sostenía que: se engaña mucho, el que vaya a buscar mis verdaderos sentimientos en las defensas que he pronunciado ante los tribunales. Todos aquellos discursos serán acomodados a las causas y a las circunstancias, y no a las ideas del orador, pues si las causas pudieran hablar por sí mismas, nadie recurriría a un abogado. No debemos hacer escrúpulo de defender alguna vez a los delincuentes, con tal que no sean malvados e impíos

² RODRÍGUEZ CAMPOS, Ismael, La abogacía como profesión jurídica, quinta edición, Trillas, México 2013, página 31.

rematados. Así lo requiere el pueblo, así lo lleva la costumbre, y aun así lo exige la humanidad.³

Aquí podemos observar que en la antigua Grecia, no solo se utilizaba con frecuencia la actividad de defender a los desvalidos, sino que, aún más allá, ya se reflexionaba sobre el actuar de estos diestros defensores y alcance de sus astutos discursos, asiendo distinción entre el criterio del defensor y el discurso utilizado para defender.

1.1.2 La Abogacía en Roma.

Como muchas otras instituciones de nuestra tradición jurídica, los principales antecedentes de la abogacía se encuentran en Roma y en el derecho Romano. A decir de James A. Brundage (*The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts, 2008*), los oradores y juristas romanos de los dos últimos siglos de la República crearon, los antecedentes más remotos de lo que puede reconocerse como la profesión jurídica actual.

Los procedimientos judiciales –el formulario y su sucesor, conocido como *cognitio*- favorecieron el desarrollo de la profesión jurídica, pues ambos permitían que las partes comparecieran y alegaran su asunto a través de terceros; ello condujo al empleo rutinario de un agente o representante (*cognitor, procurator, defensor*) que tomaba el lugar de la parte representada en el procedimiento litigioso. Si se planteaban cuestiones jurídicas complejas, se solicitaba la una opinión escrita a los jurisconsultos (*iurisperiti*). El prestigio de esos juristas se vio incrementado cuando Augusto introdujo el llamado *iusrespondendi*, el cual confería el respaldo de la autoridad imperial a las respuestas (respuesta) que algunos de ellos habían puesto por escrito en relación con las cuestiones sucintada en litigios privados.

³ *Idem.*

Inicialmente, las partes o litigantes debían acudir personalmente ante los jueces para razonar y defender sus causas. Nadie podía llevar la voz ajena, pero el marido sí lo hacía por su mujer y el *paterfamilias* (cabeza de familia) por sus hijos y criados. Los *asertores* o *procuradores*, lo hacían por los personajes u hombres muy ricos y poderosos.

Durante la República y el principado la habilidad esencial de los abogados romanos radicaba en la retórica y su capacidad de persuasión, por lo que no era imprescindible la formación jurídica; de hecho, algunos de los oradores más renombrados de la época, como Cicerón, carecían de ella. Sin embargo, la creciente complejidad de las cuestiones jurídicas obligó a institucionalizar la enseñanza del derecho.

Durante el Imperio las escuelas de derecho desarrollaron planes de estudios definidos, y el emperador Justiniano fijó la duración de los estudios de cinco años, la que se mantiene todavía en muchas escuelas. A partir del reinado de Constantino (311-337 d.C.), los abogados pertenecían cada vez más a los colegios o asociaciones profesionales (*collegia*). Cada *collegium* estaba vinculado a los tribunales de la localidad o región. A cambio del monopolio en la representación judicial, sus miembros estaban sujetos a la regulación del Estado y eran responsables ante el tribunal, el cual limitaba el número de abogados matriculados (la matrícula era un examen de ingreso). Después de 284 d.C., los jurisconsultos y los abogados se convirtieron en funcionarios públicos, y a fines del siglo IV ambas ramas de la profesión jurídica ya estaban fusionadas en la práctica.

En términos económicos, durante la **República** estaba prohibido el cobro de honorarios por los servicios de los abogados, aunque dicha prohibición era evitada con frecuencia; en todo caso, se suponía que dichos servicios eran compensados con donativos voluntarios y modestos de las partes. Por tanto, no había acción judicial para el cobro de *honoraria* no cubiertos. Aunque esta

situación cambio más tarde bajo **el principado**, se estableció un monto máximo a la cantidad que los abogados podían cobrar legalmente. También se prohibió el llamado “*pacto de cuota litis*”, por el cual el abogado tenía derecho a cobrar una parte proporcional de lo obtenido por su cliente en el juicio.⁴

El término **abogado** proviene de la expresión latina *ad vocatus*. Intervénían dos clases de personas en la defensa ante los tribunales: por un lado, el defensor, quien llevaba la voz en las audiencias y debates del juicio (el abogado) y, por otro lado, el jurisconsulto o jurista quien, conocedor y experto, ilustraba al primero en el conocimiento del derecho.

Esta labor no podía ser ejercida sino por individuos de las clases más distinguidas. Los **patricios** fueron los encargados de defender a las personas en conflictos jurisdiccionales y tampoco se les permitía cobrar por sus servicios, aunque después también se profesionalizó la actividad. Se les llamo *advocati*, *patroni*, y *causidici*, *iurisperiti*, *legisdocti*, *jurisprudentes*, también fueron sujetos de reconocimiento y mérito.

Formalmente la abogacía se constituyó en una verdadera profesión hacia la segunda mitad del siglo VI cuando Justino, emperador de oriente, constituyó la primera corporación de abogados y obligo a su registro en ella a cuantos fueran a abogar en el foro, de tal forma que la orden o *militia* creada como se les llamó, tubo la incorporación obligatoria de los abogados.

Es en la antigua Roma donde se transita de una actividad escasamente reglamentada hacia una detallada regulación del ejercicio sobre la persona del abogado, tan es así que crearon la idea de organismos o corporaciones que estuvieran en constante supervisión de la actividad de los abogados.

⁴ Vid. FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), Diccionario de Derecho Procesal Constitucional Y Convencional, Tomo I, Primera Edición, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, págs. 3, 4 y 5, México 2014.

Hay autores que afirman que fue Justiniano, monarca predecesor y abuelo de Justino, quien creó la *militia* u orden como primer organismo de abogados. Sin embargo, hay otros como Pallares, que afirman que la creación de estas corporaciones fue en la época del Ulpiano, quien vivió de 170 a 228, cuando, según él, se unieron los abogados en *Colegium Togare*.⁵

Fueron entonces los antiguos romanos quienes advirtieron la importancia de la actividad del abogado, por ello implementaron diversas normas para quienes pretendían ejercer dicha actividad, sin embargo, en ningún momento se cuestionaron la posibilidad de desmeritar a los estudiantes, aun cuando, *a contrario sensu*, elogiaban a los más grandes y prestigiados *advocatus* de la época, jamás demeritaron la capacidad de un aprendiz, menos aun si dicho aprendiz adquiría conocimientos a través de dichos prestigiados *advocatus*.

1.1.3 La Abogacía en España.

En España, antes del descubrimiento de América, los abogados ya eran una clase imprescindible regulada por los gobiernos. En las Siete Partidas (texto legal realizado en España durante el siglo XVIII) el Título VI de la Tercera Partida se trataba sobre los abogados, definía al abogado o vocero como “*ome que razona pleitos de otro en juyzio, o el suyo mismo, en demandando o en respondiendo*”.

No se fijaban, en aquel entonces, requisitos para ejercer la abogacía, pues señalaba “*todo ome que fuere sabidor del derecho, o del fuero o de la costumbre de la tierra, porque la aya vsado de gran tiempo, puede ser abogado por otro*”. Sin embargo, para evitar “*estorbadores o embargadores de los pleytos*” la legislación hacía obligatorio que los jueces determinaran quienes, entre los que quisieran ejercer la abogacía, eran “*sabidores del derecho*” y

⁵ PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Representación, Poder y Mandato*, décimo tercera edición, Porrúa, México 2006, p. 8.

luego que se inscribieran sus nombres en un libro para que se aseguraran que solo ellos pudieran litigar.

No podían ser abogados “*por si, ni por otro*” los menores de diecisiete años, los sordos, locos, desmemoriados, los que estaban en poder ajeno o los religiosos, aunque estos últimos sí pudieron litigar por sus monasterios o por la iglesia. Tampoco podían abogar por otros, pero podían abogar por sí, las mujeres, los ciegos, adúlteros, traidores, homicidas y los que lidiaban con bestias bravas.⁶

1.1.4 La Abogacía en la Nueva España.

Las dispersiones que regían el ejercicio de la profesión de abogado en la Nueva España provenían tanto del derecho castellano como del propiamente indiano. Su objeto fundamental era evitar la defraudación a los clientes por medio de hipotéticas maniobras corruptas del abogado, es decir, se aplicaba el control ético del ejercicio profesional. Los estudios del derecho podían hacerse en la Real y Pontificia Universidad de México fundada por la Real Cedula de Felipe II del 21 de septiembre de 1551, cuyos cursos se inauguraron el 25 de enero de 1553, a imagen y semejanza de la Salamanca, con iguales privilegios, libertades y extensiones.

Con el **siglo XVIII**, el fenómeno de la Ilustración y la política innovadora de la casa Borbón llevó a los abogados novohispanos a agruparse en una cofradía, organización de corte religioso y asistencial que ya asistencial en la Nueva España desde el siglo XVI. La cofradía organizada por los abogados novohispanos surgió de la afiliación a la ya existente de San Juan Nepomuceno, establecida en el Hospital del Espíritu Santo y Nuestra Señora de los Remedios.

⁶ RODRÍGUEZ CAMPOS, Ismael, *Ib idem*

A finales de mayo de **1758**, un grupo de abogados del foro de la ciudad de México a la cabeza de los cuales se encontraba el licenciado Baltasar Ladrón Guevara, solicitaron y obtuvieron, tanto del Virrey como de la Real Audiencia de la Nueva España, el permiso para reunirse con los demás letrados novohispanos y tratar la conveniencia de fundar un colegio que tuviera como sus principales fines el mutualismo y la dignificación de los abogados. Este establecimiento permanente, mediante las aportaciones de sus miembros, ayudaría a los abogados y sus familias, además de cuidar de otros aspectos relativos a la actividad profesional.

Se convocó a todos los abogados de la capital virreinal a una primera reunión que se produjo el **11 de junio de 1758**. En ella se les informó de la intención de formar un colegio para la conservación del lustre que siempre, y en todas partes, había tenido los abogados y en lo posible alejar a ellos y sus familias de la pobreza en que la muerte o la enfermedad solían sumirlas. Todos estuvieron de acuerdo en la conveniencia de dicha fundación. Una segunda reunión se llevó a cabo el 18 de junio de 1758 en casa de los hermanos Beye de Cisneros, en donde se acordó nombrar 10 abogados para que se encargasen de la redacción de los estatutos, encabezada por el Ilustrísimo Señor Arzobispo electo de Manila, don Manuel Antonio Rojo del Rio y Vieyra. La autorización para la fundación del colegio fue otorgada por Carlos III mediante Real Cedula de 21 e3 junio de 1760; además, le otorgó el título de Ilustre y lo admitió bajo se real protección. Precisamente uno de los timbres que significaba un mayor orgullo para el Colegio era el de contar con tal denominación. Finalmente, mediante cedula de 6 de noviembre y 24 de diciembre de 1766 se incorporó por filiación el Colegio de Abogados de México al de Madrid, con los mismos privilegios y gracias.

Después de diversas reformas, no fue sino hasta **1808** que se elaboraron nuevos estatutos. Los abogados que pretendían litigar ante la Real Audiencia de México debían pertenecer al colegio.

Además el 4 de diciembre de **1785** se autorizó al colegio de abogados para que examinara a los aspirantes a la abogacía que hubiesen reunido los requisitos previos para el examen ante la Audiencia. Esta disposición se tenía en España desde 1770. Así para ser abogado se requería:

“Ser bachiller en Artes y Leyes o Cánones, **haber hecho la pasantía “dos y luego cuatro años” en un despacho** y acreditar un examen ante la Real Audiencia. Los que deseaban recibirse en la Real Audiencia de México, además debían cursar la academia teórico práctica de jurisprudencia, acreditar el examen previo ante el Ilustre y Real Colegio de Abogados y, finalmente, matricularse en este.”⁷

Es hasta este entonces donde podemos apreciar, con mayor claridad, la importancia de la pasantía, en virtud que la Nueva España reconocía que la actividad del abogado debe ser estudiada (parte teórica) y complementada con el ejercicio real de la actividad (parte práctica), toda vez que para ser abogado exigía ser bachiller y haber concluido dos tipos de pasantía, la primera de dos años y la segunda de cuatro años.

El **14 de enero de 1827**, el Colegio decidió reformular sus estatutos para que estuvieran acordes con el nuevo sistema del México independiente. Los nuevos estatutos reformados en 1829 se publicaron en 1830 y estaban divididos en XXVIII capítulos, y éstos, en 167 artículos; además se adoptó el nombre de **Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México**, que conserva actualmente.

Una selección de artículos de los estatutos con sus reformas se publicó **en 1851**; así mismo, una nueva edición de ellos de 1829, con sus reformas, se publicó en 1854. Nuevos estatutos se redactaron y aprobaron en 1863, el 16 de

⁷ Vid MAYAGOITIA, Alejandro, Juárez y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Libertades en jaque en el México liberal, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, Vol. XX, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 155 y 1556, nota al pie 23.

octubre de 1891, en diciembre de 1933 (impresos en 1934), en diciembre de 1945 (impresos en 1946). Los vigentes a 2012 son del 10 de julio de 1997 con reformas en el 2006.⁸

1.2 LA HISTORIA DEL DERECHO DE DEFENSA.

El castigo, a decir de estudiosos de estos temas, en la época de la prehistoria no era otra cosa que la descarga automática de fuerzas oscuras o protectoras de las agrupaciones humanas que apenas empezaban a organizarse. Como se suponía que la violación del tabú era la causa incluso de la muerte, de la lluvia y en suma de los fenómenos telúricos, los poderes mágicos velaban por el bienestar de la horda. El tabú era la prohibición.

Con el paso del tiempo los tabúes son remplazados y, claro, nuevas prohibiciones surgen a la vida de la creciente comunidad humana cada vez más necesitada de parámetros en su organización. Es que, cuando la violación del tabú no propicio el castigo, entonces se ocurrió a la **venganza privada** ejecutada por el clan o por algunos de sus miembros, es decir, se encontró la senda de la persecución contra el violador a quien, de una u otra manera, había que castigar para que toda la organización no sufriera las consecuencias de la indebida actuación de uno de sus componentes. Entonces la venganza se enseñoreó y con ellas guerras entre grupos hasta el exterminio del vencido.

Cierto que en los juicios de Dios o en la Ordalías, en fin, la defensa frente a la responsabilidad de una persona por sus hechos y hasta los resultados del azar estaban en cabeza del propio personaje que iba a ser sometido a la “veredición” de la naturaleza. Su verdad estaba dada, aunque no la tuviera, en manos atadas a la espalda y con una piedra de buen tamaño y peso amarada al cuello, sin explicaciones racionales.

⁸ CRUZ BARNEY, Óscar, Aspectos de la Regulación del Ejercicio Profesional del Derecho en México, Ed. Trant lo Blanch, México, 2013, pp. 15, 16, 17 y 18.

En algún recodo de los tiempos se consideró que era mejor **dosificar la venganza**. Así, muy seguramente, surgió la idea de que la venganza debía alcanzar solo a ser equivalente al daño sufrido, lo cual aportaba en algunos casos incluso ventajas de alguna índole, lo que se conoció como “la ley del Tali6n” que rezaba ojo por ojo y diente por diente.

Y de pronto, las necesidades de la comunidad llevaban a que fuera necesario proteger al violador de las reacciones del grupo, procurando encontrar en fórmulas de acuerdo o “*composito*” la vereda para satisfacer al ofendido.

Frente a la noci6n de la política, entonces, ante la aparici6n de la Filosofía y los mandatos estatales, conceptos todos de contenido racional, la figura preponderante del ser humano surge como estandarte concreto en su propia dignidad. Por lo mismo avanza paso a paso los conceptos de garantías y derechos, principios que alcanzan modernamente los estadios de fundamentales, voz que no significa otra cosa que el reconocimiento del ser humano como el máximo valor, principio y fin de su propia existencia.

Pero no ha sido pacífica la aceptaci6n, entre tantos derechos y garantías arrebatados a poderosos por los débiles y oprimidos, de derecho de defensa. El acusado ha debido primigeniamente ejercerlo por sí mismo y para que aquella facultad se depositara en otra persona, solo como decantaci6n de las necesidades del hombre y de los sistemas organizacionales fue posible. Las normas reguladoras de las conductas poco a poco se hizo por escrito.

En el a6o de **1215**, en el documento conocido como **Carta Magna**, de Juan “Sin tierra” rey de Inglaterra, se sanciona, entre otras cosas, que “ningún hombre libre será detenido, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posici6n de cualquier

forma, ni nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país.”⁹

Pero también en el acta de *habeas corpus*, con claridad se deja ver que la defensa procedía por sí o por interpuesta persona: “considerando que los alguaciles, carceleros y otros funcionarios, bajo cuya custodia ha sido detenido algún súbdito del Rey por asuntos criminales o supuestamente criminales, se retrasan mucho en cumplir los mandamientos del *habeas corpus* que se dirigen, oponiéndose con un seudónimo o varios al *habeas corpus* e incluso más, y con otros trucos para evitar la obediencia debida a tales mandamientos, en contra de su deber y de las conocidas leyes del país, por lo cual muchos súbditos del Rey han sido, y todavía pudieran ser en adelante, retenidos en prisión en casos en que, según la ley, podrían prestar fianza, para su mayor molestia y vejación. Para cuya prevención, y el más rápido desagravio de todas las personas encarceladas por cualquier asunto criminal, quede decreto por su Excelentísima Majestad del Rey, por y el consejo y consentimiento de los lores espirituales y temporales y de los comunes reunidos en este presente Parlamento y por autoridad, que siempre que una persona o personas lleven un *habeas corpus* dirigido a u alguacil o alguaciles, carcelero o ministro, u otra persona cualquiera, en favor de una persona bajo su custodia, y el mencionado escrito sea notificado al mencionado funcionario o dejado en la cárcel o prisión con cualquiera de los subordinados, guardianes o comisionados de los citados funcionarios o guardianes, dará cumplimiento a tal mandamiento, llevará o mandará llevar a la persona detenida o encarcelada ante Lord Canciller o el Lord Depositario del Gran Sello de Inglaterra en ese momento, o ante los jueces o varones del referido tribunal que haya emitido el referido mandamiento pueda cumplirse según su propia orden. Y entonces certificará las verdaderas causas de la detención o prisión... y si cualquier persona o personas permanecen arrestadas o detenidas, como antes se dijo, por un delito, salvo por traición o

⁹ ESCRICHE, Joaquín, diccionario de legislación y jurisprudencia, Ed. Temis, Bogotá Colombia, Tomo II 1977, p. 38.

felonía claramente expresada en el auto de prisión, la persona o personas así arrestadas o detenidas (es decir, las personas convictas o cumpliendo un proceso legal) o cualquiera en defensa de ellas, tendrá derecho a recurrir o pedir en tiempo de vacación y fuera de plazo, al Lord Cansiller o al Lord depositario, o cualquier Juez de su Magestad, de uno u otro tribunal o a los barones de hacienda de grado coife... a la vista de la copia o copias del auto de prisión y detención, o bajo juramento de haber sido negadas tales copias por las personas en cuya custodia se halla el prisionero, y con una petición por escrito hecha esas personas u otras en su defensa testificada y firmada por dos testigos que hayan presenciado el momento de la entrega, tendrán obligación de expedir un *habeas corpus* con el sello del tribunal que pertenezca él como Juez, dirigido al funcionario o funcionarios en cuya custodia esta la persona detenida o arrestada... En el plazo de dos días... con las verdaderas razones de la detención y arresto... se levantara la prisión tomando fianza con uno o más fiadores.

El siguiente paso gigante fue dado en **1789** con la **Declaración de los Derechos del Hombre** y claro, la producción de las conquistas no ha parado y menos parara como que la humanidad evoluciona y con ella sus más preclaros conceptos:

Declaración Universal de los Derechos de Hombre Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de **1948** (New York).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (New York) 19 de diciembre de 1966, instrumentos de derecho internacional que de manera precisa y clara, pregonan sin duda alguna el Derecho de Defensa.¹⁰

¹⁰ Vid. RENGIFO CUELLO, Cesar Augusto, El Derecho de Defensa y la Defensa Técnica, Ed. Leyer, Bogotá Colombia 1998, Pp. 53, 54, 55 y 56.

1.3 LA HISTORIA DEL DEBIDO PROCESO.

La expresión debido proceso tiene su origen en la tradición jurídica inglesa *dueprocess of law*. Se suele identificar con el artículo 39 de la Carta Magna de “Juan Sin tierra” **en el año 1215** que contiene la siguiente disposición: “*No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rigsths or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.*”Que en su traducción al español significa: “Ningún hombre libre será apresada o presa, o despojado de sus *rigsths* o posesiones, o fuera de la ley o exiliados, ni privado de su posición de ninguna otra manera, ni vamos a proceder con fuerza contra él, o enviar a otros a hacerlo, excepto por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra.”En sus orígenes la noción no tenía una distinción clara en relación a sus alcances, existían tanto cuestiones relacionadas con el derecho sustantivo como aquellas relacionadas con el derecho adjetivo.

Su desarrollo se presenta fundamentalmente en el derecho constitucional de los Estados Unidos de América. Fue incorporado a la Constitución de dicha nación en la quinta enmienda (1791). Posteriormente la noción fue reiterada en la décima cuarta enmienda (1868). A partir de esta enmienda los asuntos relacionados con la interpretación de los alcances del concepto del debido proceso se extienden por los Estados Unidos. La jurisprudencia Estadounidense a finales del siglo XIX y principios del siglo XX identifico dos acepciones en la noción del debido proceso. Por una parte del debido proceso sustantivo. Por la otra el debido proceso adjetivo.

Debido proceso sustantivo. Se refiere a la posibilidad de limitar la acción de un gobierno ante la posible afectación de los derechos de las personas. Su desarrollo empezó con casos en donde se cuestionaba la afectación al derecho de propiedad. De ahí la noción adquirió diversos matices

y ha sido empleada para defender el derecho de la libertad contractual o el derecho a la vida privada frente a interferencias gubernamentales.

Debido proceso adjetivo, Se refiere a la necesidad de garantizar que los procesos jurisdiccionales se lleven a cabo de tal forma que resulten en juicios justos y equitativos. Con este punto de partida, la jurisprudencia Estadounidense ha establecido el objetivo y los alcances de la noción del debido proceso.

Hoy en día la noción es ampliamente conocida, sin embargo, su empleo es limitado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En términos generales, la única región en donde la noción es empleada constantemente como una medida cualitativa de los procesos jurisdiccionales es en el **Continente Americano**. En el **continente Europeo**, la noción es rara vez citada.

En el ámbito del sistema universal de derechos humanos, podemos observar que **la noción no aparece** en la Declaración Universal de los Derechos Humanos o en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Incluso en los comentarios generales formulados al artículo 9 del citado pacto, el empleo de la noción debido proceso es escaso.

Empero, la ausencia de referencias explícitas a la noción debido proceso en el ámbito internacional no implica necesariamente que nociones análogas no existan. De esta manera, **debido proceso** suele entenderse como un sinónimo de la expresión **juicio justo** (*Fair trial*) contenida en el artículo 9 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.¹¹

1.3.1 En América Latina.

¹¹ CABALLERO JUAREZ José Antonio, El Debido Proceso: una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. México 2014. Págs. 8 - 11.

La llegada de la noción del debido proceso a la región latinoamericana corresponde a un profundo cambio cultural e ideológico.

Caballero Juárez José Antonio defiende la tesis en que la noción se ha recibido dos veces en América Latina.

La primera. Con el constitucionalismo decimonónico en el siglo XIX. En este periodo, los constituyentes latinoamericanos recibieron la influencia del constitucionalismo estadounidense, sin embargo, el desarrollo de la noción fue limitado. La recepción fue principalmente de carácter formal. De esta manera los textos constitucionales de las nacientes naciones latinoamericanas hicieron suyas nociones relacionadas con la necesidad de garantizar a las personas juicios en donde se garantizaran las formalidades esenciales del procedimiento. En algunos casos incluso recibieron el concepto directamente. A modo de ejemplo se pueden citar los siguientes casos:

Argentina. Constitución de 1853. Artículo 18. Ningún habitante de la nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa.

Bolivia. Constitución de 1861. Artículo 6. Nadie puede ser detenido, arrestado, preso ni condenado, sino en los casos, y según las formalidades establecidas por la ley, ni puede ser juzgado por comisiones especiales, sometido a otros jueces que los designados con anterioridad al hecho de la causa.

Colombia. Constitución de 1863. Artículo 15, apartado 4o. La seguridad personal de manera que no sea atacada impunemente por otro individuo o por la autoridad pública; ni ser presos ni detenidos sino por motivo criminal o por vía de pena correccional; ni juzgado por comisiones o tribunales extraordinarios; ni

penados sin ser oídos y vencidos en juicio; todo esto en virtud de leyes preexistentes.

Chile. Constitución de 1833. Artículo 133. Ninguno puede ser condenado si no es juzgado legalmente, y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio.

México. Constitución de 1857. Artículo 14. Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicables a él, por el tribunal que previamente haya establecido la ley.

Uruguay. Constitución de 1830. Artículo 130. Ninguno puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal.

Como puede verse, desde el punto de vista de la redacción constitucional, la influencia de la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América es visible. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, la recepción de la noción debido proceso se mantuvo estrechamente ligada a los fraseos constitucionales. Es decir, en la práctica judicial, la noción fue escasamente empleada. Una importante excepción a esta situación se produjo en la República Argentina.

La segunda. Posteriormente con motivo de la transición política Latinoamericana iniciada a mediados de los años ochenta, el concepto vuelve a ser empleado. Los cambios trajeron también nuevas ideas sobre la función judicial y en particular sobre el proceso penal. En esta ocasión el concepto marca también la aparición de modificaciones estructurales y culturales en el espacio latinoamericano. Precisamente con motivo de estos cambios, se recibe nuevamente en América Latina el concepto de debido proceso.

En 1981 la Suprema Corte de Justicia de **Argentina** emite un criterio donde se la medida al debido proceso es la legalidad.

En 1993 una decisión del Tribunal **Colombiano**, muestra una concepción implícita de debido proceso dentro del contenido más amplio del Estado de Derecho. En ella el proceso aparece como una herramienta democrática al servicio de las personas para controlar el ejercicio del poder. Aquí el proceso rebasa el ámbito de las normas para incorporar principios que orientan su función a fin de garantizar una efectiva defensa de las personas. Pero el cambio no es casual. La resolución proviene de un nuevo Tribunal constitucional colombiano y se interpreta una nueva constitución.

A mediados de los años noventa, la nueva integración de la Suprema Corte de Justicia **Mexicana** ensayaba una interpretación de la garantía contenida en el artículo 14 de la Constitución, referida a las formalidades esenciales del procedimiento. Con la tesis “Formalidades Esenciales del Procedimiento. Son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo.” Donde se puede apreciar que la Suprema Corte de Justicia Mexicana todavía no incorpora expresamente la noción de debido proceso, sin embargo, su proceso de interpretación constitucional y el establecimiento explícito de los elementos necesarios para garantizar el derecho de audiencia, dan cuenta de la nueva posición interpretativa.

En pocas palabras, el cambio consiste en que con posterioridad a la transición democrática de la región, los Tribunales se convirtieron en agentes más activos de la defensa de los derechos de las personas. No es que no lo hicieran con anterioridad, sin embargo, la consistencia en su función protectora es mucho más apreciable después de la transición.

La recepción de la noción se produce prácticamente en forma paralela a la incorporación de la noción al derecho internacional de los **derechos humanos**. Ambos fenómenos recientes.

Un pasaje de una decisión de la **Corte Interamericana de Derechos Humanos**, nos habla de lo que produjo este cambio. 128. Este Tribunal ha establecido que la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público, es objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos. En este sentido, el artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. A su vez, estos recursos deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general, a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1). La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho de en una Sociedad Democrática en el sentido de la Convención. Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión, particularmente al enfrentarse al poder punitivo del Estado.

En términos generales, la única región en donde la noción es empleada constantemente como una medida cualitativa de los procesos jurisdiccionales es en el Continente Americano. Así, por ejemplo, en la jurisprudencia Europea de derechos humanos, la noción es rara vez citada.

El desarrollo de la noción debido proceso en el ámbito interamericano se presenta en dos etapas. La primera se relaciona con el proceso de redacción de los instrumentos que dan origen al sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

La **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre** Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, 1948, no hace una mención explícita de la noción, sin embargo, del texto de los artículos V, XVIII, XXV y XXVI se presentan algunos elementos relacionados con la noción debido proceso, pero aun así no existen inferencias explícitas.

La **Convención Americana sobre Derecho Humanos** de 1969, en cambio, si presenta referencias más precisas. En primer lugar, el artículo 8 de dicha Convención relativo a las garantías judiciales incluye la expresión “**debidas garantías**”. Esta expresión plantea una estrecha relación con la noción del debido proceso: “*8.1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las **debidas garantías** y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad en la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.*” El objetivo del artículo 8 es garantizar que las personas a quien protege la convención, sean juzgadas en procesos en donde puedan tener un derecho efectivo de defensa y pro tribunales imparciales. Esto se confirma con el artículo 46 en donde si existe una mención expresa de la noción.

De esta manera, bajo la denominación Debido Proceso, se presentan diversos estándares con los que se juzgará sobre la legitimidad de los procesos jurisdiccionales en América latina. Lo que ha llevado a Caballero Juárez José Antonio a expresarse de la siguiente manera:

En **América Latina todo cabe en el debido proceso sabiéndolo acomodar**. Hay definiciones amplias con contenidos filosóficos. Hay definiciones estrechas enfocadas a la legalidad. Hay definiciones operativas enfocadas a resolver problemas procesales. La diversidad existente y la

flexibilidad en la formulación del concepto responden a varios factores. En primer lugar conviene destacar que la noción de debido proceso fue recibida en un ámbito en donde se hallaba alojada una sólida tradición procesal.

La mayor parte de las instituciones contenidas en la noción debido proceso, características de su vertiente estadounidense era conocidas por los abogados latinoamericanos. En esta sentido desde el punto de vista doctrinal las aportaciones son limitadas. Sin embargo desde el punto de vista práctico, la noción debido proceso llega a América Latina en un ambiente de reforma política y de interés por la defensa de derechos humanos. En este contexto el debido proceso contribuyó decididamente a la renovación legislativa y jurisprudencial de la región.

Un tercer factor, estrechamente relacionado con la reforma política experimentada por los países latinoamericanos desde mediados de los años ochenta, fue la discusión sobre la reforma del proceso penal.¹²

1.3.2 En México.

El debido proceso poco a poco se ha consolidado en el Estado Mexicano a través de los Tratitos Internacionales en que participa. Ello ha ocasionado reformas constitucionales para su adopción plena, sin embargo, anterior a la reforma que reconoce plenamente al debido proceso como un derecho humano, en la nación mexicana ya se encontraba establecido, si bien, no con el vocablo debido proceso, empero, si con las garantías consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como se verá a continuación.

Este breve recorrido histórico nos ubica en el contexto en el que se van consolidando constitucionalmente los derechos individuales y sociales en México hasta llegar, en 1990, a conformar un organismo encargado de la

¹² *Íbidem*. CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, págs. 27 - 49.

defensa de los derechos humanos, como lo es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

Por derechos humanos se entienden aquellos que son inherentes al ser humano, por el solo hecho de existir como persona y son reconocidos y tutelados por el derecho positivo y por el Estado que se rige por él. Con ellos se limita el poder del Estado y se regulan las actividades de este frente a la población en general.

Independientemente de los acuerdos internacionales sobre derechos humanos firmados por nuestro país en los años recientes, la historia en México constata que, desde la época colonial, se denunciaron los abusos cometidos por los colonizadores en contra de los habitantes originarios de los territorios indígenas. Esto obligó en **1810** a **Miguel Hidalgo** a declarar la abolición de la esclavitud en la Nueva España.

El denominado **Congreso de Anáhuac** publicó (aunque no entró en vigor) la Constitución de Apatzingán en **1814**. Esta Constitución se presenta, en este momento, como la más avanzada en materia de derechos humanos ya que contiene artículos relevantes donde se menciona como arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de la ley.

En sentido estricto, **la primera Constitución** del México independiente es la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de **1824**, que contiene las “Reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y Territorios de la Federación, la administración de la justicia”. Este es un conjunto de garantías judiciales como el derecho de audiencia y el principio de legalidad, entre otros. En estos artículos ya se mencionaba algunos principios del debido proceso.

Se continúa en **1839**, al promulgarse las denominadas “**Siete Leyes Constitucionales**”, las cuales establecen una declaración moderna de los derechos de los mexicanos: no poder ser preso sino por mandamiento de juez competente, dado por escrito y firmado, ni aprehendido, sino por disposición de las autoridades correspondientes; no poder ser detenido más de tres días por autoridad alguna, ni permanecer más de diez días, sin que se desconozcan los motivos que lo llevaron a prisión.

Con la promulgación del **Acta Constitutiva y de Reformas de 1847**, se dio un salto cualitativo en el reconocimiento de los derechos individuales y sus medios de defensa. En este documento, aparece el juicio de amparo. Por un lado, se consagra ya un modelo de control totalmente jurisdiccional, sin dar cabida a órganos políticos. Desde ese momento, quienes se encargarían serían los Tribunales de la Federación.

Medio siglo después, aparece la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917**; en ella se reconocen los derechos sociales.

México, al firmar la **Convención Americana**, se comprometió a implementar y obedecer los acuerdos a efecto de que todas las personas que habitan en su territorio puedan acceder en las mismas condiciones a la administración de justicia.¹³

Con lo anterior podemos colegir que el debido proceso es aquel derecho humano, resultado de los derechos individuales y sociales, que el congresista tomo como garantía de protección de las personas que se encuentran en una situación extraordinaria, es decir, que por algún motivo, se ubican frente a las instituciones encargadas de administrar la justicia, para que tuvieran un “debido

¹³ Vid. PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, et al., El derecho humano al debido proceso: Sus dimensiones legal, constitucional y convencional, Tirant lo Blanch, México 2014, Págs. 190, 191 y 197.

proceso”; así mismo garantizar a las víctimas de algún delito para que reciban el beneficio que la justicia está obligada a otorgar.

Lo anterior toda vez que es un hecho notorio y de dominio público que los procesos de corrupción y de impunidad, son una realidad que vive nuestro país, a través de los cuales el personal subordinado a los procuradores de justicia y los presidentes de los tribunales de justicia, deben favores por haber sido nombrados.

Así como que existen graves problemas por la deficiente integración de la averiguación previa, ahora carpeta de investigación, por parte del ministerio público, así como la invención y el montaje de pruebas y hechos que no existen o existieron; lo que se repite en la detención de personas inocentes para cumplir con el requisito de que se está combatiendo la delincuencia y la criminalidad.

Decenas de hombres y mujeres están en prisión por esta causa. Lo mismo ocurre cuando una persona que, por motivos políticos, le es molesta al Estado, con pruebas “sembradas” es detenida.

Sin embargo, se ha observado que las autoridades encargadas de la administrar la justicia en el país han tomado a los derechos humanos, y especialmente al debido proceso, como un freno para poder combatir a los verdaderos delincuentes y a la criminalidad.

1.4 LA HISTORIA DEL EJERCICIO DE LA ABOGACÍA EN MÉXICO.

Ideas y creencias varían a lo largo del tiempo, e influyen en usos y costumbres, en aspiraciones e ideas. Así, cuando seguimos la historia de cualquier aspecto de la cultura, observamos no solo que al complicarse la

sociedad los hechos se hacen más y más confusos, sino que aparecen variantes en la concepción y en la apreciación de los mismos.

Es por ello que en este capítulo pretendemos seguir la historia del ejercicio de la profesión de abogado en México para demostrar al lector que la prohibición dirigida al pasante de derecho para litigar asuntos penales, incorporada en el Código Nacional de Procedimientos Penales, es un grave error, en virtud que, si lo que pretende el legislador es proteger la esfera jurídica de imputado dejando el ejercicio de los derechos y prerrogativas en manos de un verdadero conocedor del derecho, dicho “conocedor” no debe ser considerado como tal por el solo hecho de haber obtenido un título y/o una cedula profesional de Licenciado en derecho, toda vez que los documentos señalados carecen de elementos que aseguren el presunto “conocedor” posea un buen manejo de derechos y prerrogativas en materia penal, tal como se expondrá a lo largo de la presente investigación. Sin soslayar que la mencionada prohibición, lejos de ser una buena estrategia, se convierte en un obstáculo insuperable para el estudioso del derecho que pretenda ser abogado defensor en materia penal, pues ¿cómo es posible que algún estudioso del derecho comience a adquirir la experiencia necesaria que demanda un asunto penal? Si se le impide obtenerla con el ejercicio de la pasantía. En consecuencia, lo único que ocasiona la citada prohibición, es la impresionante reducción de abogados penalistas, además de ser una flagrante violación al derecho fundamental de libre ejercicio profesional.

1.4.1 En el México Colonial.

No siempre han existido las mismas profesiones, ni se han concebido en la misma forma a través del tiempo. Todas surgieron de alguna habilidad útil o necesidad específica que se fue delimitando. Desde fecha temprana se intentó controlar su ejercicio por medio de requisitos que fijaron las autoridades o los mismos gremios o corporaciones que los agrupaban.

En la época colonial, las instituciones educativas que (Universidad o gremio) que entrenaban a los profesionistas no podían dar permiso para ejercer, sino que tal facultad estaba en manos de otros organismos en cierta forma gubernamentales, tales como el tribunal del Protomedicato, la Real Audiencia, el Ayuntamiento, que eran los que examinaban y otorgaban licencias para el desempeño público de la profesión. Había entonces una diferencia entre el “grado” expedido por la Universidad y el “título” o “licencia” o “carta de examen” otorgado por la institución certificadora.

Aunque a menudo el Estado se inmiscuyó en la autorización del ejercicio de algunas profesiones, e incluso puso en venta tales autorizaciones, como el caso de las notarías, coincidió con la centralización del poder en la Corona en el siglo XVIII, cuando el Estado empezó a intervenir no solo para mejorar la preparación profesional, al modernizarla y hacerla más práctica, sino también a cambiar la manera en que se autorizaba el ejercicio de algunas profesiones; se delegaba a nuevas instituciones educativas la facultad de certificar el ejercicio profesional a costa de las corporaciones tradicionales. El Rey Carlos III intentó mejorar la enseñanza del derecho creando instituciones nuevas y de carácter laico basadas en conocimientos modernos, tal es el caso de la Academia de San Carlos, que era una escuela independiente de la Universidad, la cual podía otorgar, además del grado o certificado académico, licencia para practicar la profesión. Así, al promover las nuevas instituciones, el Rey lograba dos cosas al mismo tiempo: reformar el contenido de las disciplinas y aumentar el poder de la Corona a costa de las instituciones autónomas y tradicionales, como la Universidad, los gremios o el Protomedicato.

1.4.2 En la Constitución del Estado Nacional.

Con la independencia, se abolió la exclusividad que restringía el ejercicio de las profesiones a un grupo social o racial, la Nación se sintió libre de las restricciones que la Corona había impuesto a las actividades de criollos,

mestizos, indios y castas; el nuevo país se sintió desencadenado y sin obstáculos para seguir su propio destino entre las naciones libres del mundo. Sin embargo en adelante, la discriminación sería educativa y económica, pero se extinguió la legal. No solamente se les abría la puerta a los mestizos, indios y castas, también se les abría la puerta a los autodidactas. Esta idea radical, permitía a cualquier persona examinarse para una profesión sin necesidad de constatar estudios universitarios o de algún colegio.

Los títulos también cambiaron. Durante las reformas de **Valentín Gómez Farrias** en **1833** y **1834** el término “profesor” se usó indistintamente para cualquier profesionista recibido. Esto acarreo mucha confusión. Según el Reglamento General para Sistematizar la Instrucción Pública en el Distrito Federal, la nuevamente creada Dirección General de Instrucción Pública, sería la encargada de otorgar los títulos correspondientes a los profesores de ciencias y artes, que los necesitan por ley. El gobierno entonces otorgaba los títulos académicos y profesionales, que en ese momento eran sinónimos. Los títulos se hicieron por primera vez en español, se expedían en papel de sello primero, así que los profesionistas podían llevárselo consigo, como se hace hoy en día. Antes y después de este pequeño interludio liberal, los grados académicos y títulos profesionales retomaron sus acostumbradas características.

Los abogados, después de recibir sus grados académicos, tenían que presentarse ante Colegios de Abogados o ante el Tribunal de Justicia para recibir su título profesional. Únicamente los profesores de enseñanza superior recibían permiso de ejercer sus cátedras de la misma institución donde enseñaban, al ganar concursos de oposición o recibir un nombramiento del gobierno, pero no recibían ningún título profesional al ser designados catedráticos.

El prestigio relativo de las profesiones en México, durante los **primeros 50 años de independencia**, se puede encontrar en fuertes indirectas de las autoridades. Por ejemplo, en 1946 el Estado de Michoacán informaba del celo y desinteresado empeño, de su Junta Inspector de Instrucción, por establecer e impulsar las escuelas de su entidad. De hecho, las escuelas no preparaban a los jóvenes para enfrentarse adecuadamente a su vida profesional –queja que de ninguna manera es nueva hoy en día- el gobernador de Michoacán en 1946 se lamentaba de que: “los jóvenes bastante aprovechados en los rudimentos de la enseñanza, salen de los colegios como tímidas e inútiles doncellas, sin entender una palabra de negocios, sin comprender una sola de las frases de la vida práctica, sin saber, muchos de ellos, ni saludar, ni presentarse en una tertulia o en un círculo. Aún más lastimosa es la profunda y general ignorancia sobre los deberes domésticos y públicos”

El inadecuado nivel de la educación profesional encontró otro quejoso en el gobernador Ramón Cajica de Oaxaca, quien en 1861 lamentaba las promesas fallidas de 40 años de independencia mal aprovechados: “Necesitamos formar hombres públicos que comprendan y acepten la situación del Estado, que dirijan los graves negocios que se ventilan, que exploten las diversas fuentes de riqueza de nuestro país, y apenas formamos clérigos, abogados y médicos que ocupan ya demasiado la atención de la sociedad; necesitamos artistas, ingenieros mecánicos...; nuestros colegios se llenan de jóvenes a quienes se hace aprender algunas lenguas muertas, empleando su precioso tiempo en disputas psicológicas y en cuestiones especulativas, y nuestros profesores pasan meses enteros cuestionando sobre el lugar que ocupa el alma, definiendo el vacío de la naturaleza y enseñando a sus alumnos los universales y los entes de la razón de Aristóteles; vivimos en un siglo que exige instrucción profunda y vasta, y no formamos en nuestro colegio sino medianos talentos, que se asustan a los menores obstáculos.”

Lo profesionistas constituían una clase aparte según las bases generales de la convocatoria constitucional de 1845. Se puede decir que los profesionistas formaban una pequeña parte de la naciente clase media, si consideramos que la población en el País de aquel entonces era de siete millones. Sin embargo, México todavía tendría que esperar muchos años antes de tener una pequeña burguesía con un promedio educativo que se acercara al nivel profesional.

Para el Estado, literario era sinónimo de profesionista. Creían, con mucha razón, que literario y mal alumno no eran términos compatibles. El Estado se encontraba antes dos posiciones conflictivas: por un lado limitar el monopolio de grupos, corporaciones o gremios (aunque ya no existían legalmente) y al mismo tiempo proteger los intereses de la sociedad. Optó al fin por el camino intermedio y puso en manos del ejecutivo –del gobierno Federal o de las Entidades Federativas- el otorgamiento de los títulos, respaldados por los colegios profesionistas, tales como abogados y notarios.

El estado mexicano excluyó la necesidad de probar la limpieza de sangre para ejercer la profesión de abogado, pero mantuvo los requisitos académicos y burocráticos. Desde el primero de diciembre de 1824 el congreso general declaró que los abogados de cualquier parte de la República Podrían ejercer en todos los tribunales de la federación.

El **principio de libertad de trabajo**, que tanto defendían los liberales, se plasmó en la Constitución de 1857, pero de cualquier manera se impondría requisitos para el ejercicio de las profesiones y se trataría de que mejoraran los estudios profesionales.

Desde **1811** se había decretado la libre incorporación de los abogados a sus colegios; en 1826 en el Estado de México se declaró que los abogados de cualquier punto de la República esta habilitados para ejercer sus funciones sin necesidad de matrícula en el Colegio de Abogados, sin embargo, cada entidad

federativa determinaba libremente la obligación de pertenecer al colegio o no. Así, la necesidad de matricularse en el Colegio de Abogados, se convertía en un factor que limitaba el ejercicio de la abogacía. Algunos Estados tardaron en formar su propio colegio. Querétaro por ejemplo, estableció el suyo, junto con una academia teórico-práctica, en 1840. El asunto de la matrícula vario con aires políticos.

Antonio López de santa Ana, durante su último periodo presidencial, recordó a todos los abogados de la República la obligación de inscribirse en el colegio para poder ejercer la profesión; lo mismo se hizo extensivo a los Magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia y de hacienda y los jueces de una y otra clase. En muchas partes, el colegio de abogados desempeñaba un papel importante a la hora de expedir los títulos profesionales.

En 1825 el Estado de Nuevo León especificaba que sería el colegio el encargado de examinar y aprobar a los candidatos a la abogacía. Tenían que presentar su documentación a la audiencia del Estado, es decir, su título de bachiller en cañones o leyes, más un comprobante de **haber cumplido con los cuatro años de pasantía**, o menos, si lograba alguna dispensa.

Desde 1824 el Estado de México parece haber exigido únicamente que el candidato, para recibirse de abogado, presentara en la Universidad de México su título de bachiller y el certificado de su práctica. Decretaba que solo necesitaban haber estudiado jurisprudencia en cualquier colegio de la República, hasta cumplir los requisitos de ese establecimiento, así como **haber practicado en el despacho de un abogado “conocido”** (lo cual no indicaba necesariamente que fuera titulado) y haber aprobado un examen ante el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, quien sería el organismo encargado de expedirle ese título.

En poco tiempo cambio esta política y el Estado quiso ser lo más exigente posible, en 1830 agregaba a los requisitos la obligación de sufrir un riguroso examen en la ciencia del derecho, ante tres letrados designados anualmente por el gobernador, y con posterioridad, presentar el acostumbrado sobre la práctica y las leyes del Estado ante el Tribunal Pleno de Justicia.

No hubo uniformidad de criterios en cuanto al tiempo necesario para la práctica después de cumplir con los planes de estudio. En Nuevo León eran cuatro años, con posibilidad de dispensas. En el Distrito Federal, según la ley de **1830**, deberían ser tres años completos, con una asistencia diaria de tres horas al despacho de un abogado más la asistencia a la academia teórico-práctica que estaba a cargo del colegio de abogados. Se permitía dispensa de hasta de seis meses a **pasantes adelantados**, siempre y cuando hubieran aprobado un examen particular y extraordinario.

En el gobierno de Valentín Gómez Farías dio un giro a los exámenes para abogados, en 1834 derogó todas las disposiciones existentes y en su lugar implemento u solo proceso a seguir: examinarse ante la junta de profesores del Establecimiento de Jurisprudencia. La Dirección General de Instrucción Pública expedía el título.

El mecanismo de los exámenes lo explicaba a detalle una ley de 1853. El primer paso era aprobar un examen privado en la academia teórico-práctica, y con el correspondiente certificado había que presentarse ante la Suprema Corte de Justicia, esta pasaba la solicitud de examen al rector del colegio de abogados, quien señalaba fecha; en una ánfora se colocaban por lo menos 30 cédulas, en las cuales estaban registrados diversos casos importantes de derecho, el candidato elegía uno al azar, lo llevaba a su casa para resolverlo en 48 horas y regresaba con el caso resultado, con un certificado jurado de que nadie lo había ayudado, para ser leído durante una hora de exposición, a la que asistían el rector, el secretario y tres sinodales del colegio de abogados. Dentro

de los siguientes ocho días debía hacer otro examen, ante las mismas autoridades y con el mínimo de ocho sinodales que examinaban al candidato sobre cuatro horas.

Durante los años del centralismo se facilitaron los requisitos de examen en todas las partes de la República. En 1841 se complementó la ley del 30 de agosto de 1830, para que aquellos que hubieran hecho sus prácticas en las academias teórico-prácticas del Distrito Federal y en el Departamento de Jalisco, pudieran llevar sus **certificados de pasantía** (aunque no se llamaban así) y presentarlos ante el Tribunal Superior de Justicia de cualquiera de los departamentos de la República.

1.4.3 En la República Restaurada y el Porfiriato.

Con el establecimiento de la Universidad Nacional, esta iba a monopolizar los planes de estudio para obtener el título profesional, pero este tendría que registrarse y revalidarse por alguna agencia estatal para poder utilizarse en la práctica. Claro está que al multiplicarse las instituciones de educación superior, con objetos no siempre similares, se crearían conflictos y, hasta tiempos muy recientes, la asunción popular de que los títulos de la Universidad Nacional eran mejores que los de otras instituciones. La fundación del Instituto Politécnico Nacional en 1937 fundamentó un sistema que pretendió ser más democrático, con carreras más cortas y más prácticas. En los años cuarenta, el Colegio de México y el Instituto Tecnológico de Monterrey aspiraron a lograr un nivel de mayor excelencia en la preparación de profesionales, con mejores instrumentos de trabajo y profesores y alumnos de tiempo completo. Los títulos del Instituto Tecnológico de Monterrey no se reconocieron oficialmente durante largo tiempo, pero la calidad de sus gradados y su aceptación por las empresas privadas fue tal, que se impusieron poco a poco.

En 1940 empezó a hacerse necesaria una institución que revisara antecedentes y garantizara un mínimo de condiciones requeridas para poder ejercer las profesiones. Así nació la Dirección General de Profesiones.¹⁴

1.5 LA DIRECCIÓN GENERAL DE PROFESIONES.

Es la unidad administrativa dependiente de la Secretaría de Educación Pública, encargada de regular el ejercicio profesional en México, revalidar estudios, expedir títulos y conceder autorización para el ejercicio de las capacidades que acrediten.

El origen de la Dirección General de Profesiones lo encontramos en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el **26 de mayo de 1945**, específicamente en el artículo 21 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, el cual señala: *“Dependiente de la Secretaría de Educación Pública se establecerá una dirección que se denominará: Dirección General de Profesiones, que se encargará de la vigilancia del ejercicio profesional y será el órgano de conexión entre el Estado y los colegios de profesionistas.”*

Y el artículo 16 transitorio de dicho decreto: *“La Secretaría de Educación Pública procederá a organizar la Dirección General de Profesiones en el término de seis meses, a contar de la fecha de la vigencia de esta Ley.”*

1.6 BREVE RESEÑA DE LAS REFORMAS EN MATERIA PENAL.

Las reformas que ha sufrido la Constitución desde su promulgación han incorporado elementos del constitucionalismo latinoamericano y Estadounidense, no obstante, han traído aparejado un texto más amplio,

¹⁴ Vid. ARCE GURZA, Francisco, Historia de las profesiones en México, Primera Edición, México 1982, Págs. 8 - 25.

desordenado, asistemático y con áreas de mejora desde el punto de vista técnico. En este contexto, se realiza un diagnóstico de los problemas y áreas de oportunidad que presenta el texto vigente. Por otra parte, se describe la metodología que se propone para la reordenación y consolidación del texto de la legislación secundaria en materia penal.

A través de una breve reseña de las reformas en materia penal, Se verá el grave error que comete el legislador federal al desfasar la figura del pasante en derecho (con autorización provisional vigente para ejercer la profesión de licenciado en derecho) y consecuentemente prohibirle la demostración de su técnica jurídica en materia penal; ello al suponer que la defensa técnica es un presupuesto del debido proceso en un Estado Constitucional de Derecho; y de manera adyacente las transgresiones a derechos fundamentales cometidas en perjuicio de dicho pasante, con motivo del citado desfase y prohibición.

1.6.1 Decreto Publicado el 18 de junio de 2008.

Decreto por el que se Reforman y Adicionan Diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación. La reforma constitucional a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; 73, fracciones XXI y XXIII; artículo 115, fracción VII y la fracción XIII, del Apartado B, del numeral 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, fue trascendental para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues establece un nuevo modelo de justicia penal para pasar del llamado sistema mixto al acusatorio u oral.

Por su parte artículo Segundo Transitorio de citado decreto señala: “el sistema procesal penal acusatorio está previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y la actual Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. Otorgando a la Federación, los Estados y Ciudad de México, la facultad de adoptar el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regularla forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales.

1.6.2 Decreto publicado el 10 de Junio de 2011.

Decreto por el que se Modifica la Denominación del Capítulo I del Título Primero y Reforma Diversos Artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Publicado el 10 de Junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación. Se modifica la denominación del Capítulo Primero del Título Primero; el primero y quinto párrafos del artículo 1o.; el segundo párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero,

al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del Apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se trata de una de las reformas constitucionales más trascendentes para nuestro país en los últimos tiempos. Es una reforma constitucional integral en materia de derechos humanos que modificó 11 artículos, que amplió al máximo el reconocimiento y los mecanismos de protección de los derechos de todas las personas, redefiniendo la relación entre el derecho nacional y los tratados firmados y ratificados por México en materia de derechos humanos.

Esta Iniciativa de Ley reglamentaria tiene el propósito de garantizar que las normas relativas a los derechos humanos sean aplicados conforme la Constitución Política, los tratados internacionales, leyes secundarias, etc., a partir del establecimiento de principios y lineamientos que favorezcan a las personas, en todo tiempo y circunstancia, con la protección más amplia.

El objetivo es promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, a partir de que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, apliquen irrestrictamente la norma que beneficie de mayor manera a las y los mexicanos.

Y en lo que interesa a esta investigación, la nación reconoce con gran apogeo el derecho humano consagrado en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, es decir el **debido proceso**.

1.6.3 Decreto Publicada el 08 de octubre de 2013

Decreto por el que se Reforma la Fracción XXI del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el 08 de octubre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación. Se reforma la fracción XXI del artículo 73, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Donde el legislador federal otorga facultad exclusiva al propio Congreso de la Unión para expedir:

a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La **legislación única en materia procedimental penal**, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Decreto señala en el artículo Segundo de su parte transitoria que la legislación única en las materias procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas, entrará en vigor en toda la República a más tardar el día dieciocho de junio de dos mil dieciséis. Es decir, en la misma fecha límite que la entrada en vigor del sistema penal acusatorio u oral.

1.6.4 Decreto Publicado el 05 de Marzo de 2004.

Decreto por el que se Expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado el 05 de Marzo de 2004 en el Diario Oficial de la Federación. Se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Para los efectos señalados en el párrafo tercero del artículo segundo transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, se declara que la presente legislación recoge el sistema procesal penal acusatorio.

Este Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

En el caso de las Entidades federativas y del Distrito Federal, el presente Código entrará en vigor en cada una de ellas en los términos que establezca la Declaratoria que al efecto emita el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio en cada una de ellas.

El Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934, y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, para efectos de su aplicación en los procedimientos penales iniciados por hechos que ocurran a partir de la entrada en vigor del presente Código, quedarán abrogados. Así como los preceptos incompatibles. Con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar y de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

**CAPITULO 2. LA DEFENSA TÉCNICA COMO
PRESUPUESTO DEL DEBIDO PROCESO EN
UN ESTADOCONSTITUCIONAL DE
DERECHO.**

La posibilidad de perder en la lucha no debe desilusionarnos de apoyar una causa que creemos que es justa.

Abraham Lincoln

2.1 EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.

El sistema de impartición de justicia de un país, además de perseguir y sancionar las conductas que vulneran el orden social, es una representación del Estado Constitucional de Derecho en el que el mismo se desenvuelve. Entendiendo por Estado de Derecho al mecanismo de control del poder, vía el sometimiento del mismo a leyes o normas previamente establecidas. Es un modelo surgido a finales del siglo XVIII que conlleva el sometimiento de los titulares de los distintos órganos denominados autoridades, a las normas emitidas por un órgano representativo, denominado Asamblea o Congreso.

Aunado a ello, Roxin ha establecido que el sistema de enjuiciamiento de los países sometidos al Estado de Derecho, se enfrentan a la necesidad de armonizar, por un lado, el interés en la búsqueda de la verdad y, por otro, el interés del procesado en la salvaguarda de sus derechos individuales. El reclamo de las personas para acceder a un juicio justo ocupa un lugar central en el contexto de las sociedades modernas.

Así, en una democracia, resulta fundamental asegurar el cumplimiento de las garantías del **debido proceso legal** como condición para hacer frente al poder punitivo del Estado. En este contexto, **el derecho a una defensa adecuada** emerge como uno de los aspectos centrales que permitirán asegurar que las personas puedan ser juzgadas en un marco legal en donde se respeten plenamente sus derechos humanos.

2.2 EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA LATINOAMERICANA.

La comunidad internacional ha fijado una serie de reglas mínimas que determinan el debido proceso legal y que están encaminadas a proteger, asegurar o hacer valer un proceso justo. Sin embargo, el concepto de debido proceso es confuso en muchas legislaciones. Algunas lo coinciden con el derecho de defensa, otras lo relacionan con las garantías judiciales, y la tendencia más actual es completar el diseño de cuanto significa tener un “debido proceso” con las condiciones que surgen de los tratados y convenciones que suman requisitos de validez y eficacia. (Ejemplo: el derecho al recurso y el plazo razonable).

El debido proceso, en líneas generales, responde, en el constitucionalismo, al concepto formal de cómo debe sustanciarse un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo reconozca un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad. Estas dos facetas ponen en relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional, en virtud que son los jueces quienes deben preservar las garantías del debido proceso y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte. La primera idea de estas garantías fue evitar el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de la propiedad. Al mismo tiempo oriento a los jueces hacia un juicio justo y honesto. En resumen el debido proceso se concibe en tres grandes sentidos:

a) El del **debido proceso legal, adjetivo o formal**, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;

b) La creación del **debido proceso constitucional**, o debido proceso a cecas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo, formal o procesal; y

c) El desarrollo del *debido proceso sustantivo* o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría y de los actos de autoridades con las normas, principios y valores de la Constitución.¹⁵

La noción debido proceso representa una herramienta de legitimidad y cambio en el discurso judicial contemporáneo de América Latina. Por esa razón, la misma no tiene un significado unívoco en el entorno de dicha región. Si bien es una acepción con alto contenido ideológico, es un concepto cuyas variables responden más a las características de los casos en donde es empleado, como herramienta de escrutinio, que a la existencia de una definición estable sobre sus características y alcances. Influyó en la generación de criterios que contribuyen a mejorar cualitativamente el proceso en América Latina. De ahí que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, muestre como el concepto puede tener usos restrictivos o interpretaciones extensivas, según sea el caso.

Frente a ello, José Antonio Caballero Juárez retoma como referentes los elementos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha fijado, a través de su labor contenciosa y consultiva, como parte del contenido esencial del debido proceso. A pesar de la variedad de significados que se le han dado, a partir de las resoluciones revisadas desde el punto de vista empírico, se refiere a aquellas ideas en torno a las cuales hay consenso. Enfatizando en dos de ellas: la asociación del debido proceso con la idea del **juicio justo** y su entendimiento como un **punto de referencia** para **juzgar la legitimidad de la actuación de todas las autoridades**.

Nos parece importante insistir en ellas porque muestran el acuerdo que existe en torno al entendimiento del debido proceso como componente necesario de todo procedimiento –judicial o administrativo- en un Estado

¹⁵ FERRER MAC GREGOR, Eduardo *op cit.* p.

Constitucional; en suma, como un requisito indispensable de toda sociedad democrática.

Como podemos apreciar, el debido proceso es un derecho humano complejo, evoca un conjunto de derechos específicos que tienen incidencia articulada ante instancias de aplicación de reglas jurídicas. Como tal presupone el acceso a la justicia, pero involucra además una serie de derechos sustantivos, formales y cualitativos que tienen lugar no únicamente en el ámbito de la impartición de justicia penal, sino en todas las áreas de enjuiciamiento. A su vez el debido proceso es condición para un efectivo acceso material a la justicia, esto es, no solo como la formalidad de acceder formalmente a órganos estatales, sean o no materialmente jurisdiccionales, sino para obtener una decisión razonada y que tal determinación sea efectivamente aplicada o despliegue sus efectos.

El debido proceso, como derecho básico de toda persona, solo puede considerarse satisfecho si se cumple con las diversas reglas que lo integran en su conjunto y también una a una por separado. En último grado, el debido proceso es garantía, a su vez, de la igualdad ante la ley y la no discriminación, en el sentido de que todas las personas, sin distinción alguna, pueden hacer valer sus derechos sobre el mismo conjunto de reglas sustantivas y adjetivas, y de que la limitación a determinados derechos solo podrá llevarse a cabo dentro de esquemas aceptados y con las mismas condiciones para todos.¹⁶

El derecho a un debido proceso consiste en diversas garantías judiciales que requiere cualquier persona para acceder a la justicia, para todo tipo de juicio, independientemente de la materia, sea civil, penal, administrativa, laboral o constitucional. A través del debido proceso se hacen efectivas todas las garantías, de derechos fundamentales y de libertades de las que somos

¹⁶ PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, *et al.*, op. cit., p. 35.

titulares todas las personas que vivimos en un Estado Constitucional de Derecho.

La mayor parte de doctrinas procesales latinoamericanas operan sobre una definición abierta de debido proceso, de tal forma que cualquier tipo de garantía procesal puede acomodarse en la misma. Con ello se distinguen de la tradición Estadounidense en donde la lectura de los alcances del concepto, especialmente en lo relativo a las interpretaciones de la enmienda XIV, se ha realizado en forma más estrecha. Pero podemos retomar que la jurisprudencia Estadounidense a finales del siglo XIX y principios del siglo XX identifico dos acepciones en la noción del debido proceso. Por una parte del debido proceso sustantivo. Por la otra el debido proceso adjetivo.

2.2.1 Concepto.

La expresión debido proceso por lo general se conoce por su acepción adjetiva. De esta manera se entiende que este concepto ampara toda una serie de garantías procesales implícitas y explícitas. Se entiende que dentro del concepto se incluyen cuestiones como el derecho al recurso efectivo, el derecho de audiencia o el **derecho a la defensa**. Muchos de estos derechos suelen estar regulados en forma explícita e independiente en diversas constituciones y tratados, no obstante se consideran parte de la noción debido proceso.

De esta manera autores latinoamericanos proporcionan definiciones amplias del concepto debido proceso, en donde es posible identificar diversos elementos. Citaré tres. La primera se refiere a los requisitos que deben cumplirse en el proceso. La segunda se refiere a la función del debido proceso como una garantía de las personas frente al actuar del Estado. La tercera contiene una conceptualización más amplia, donde el debido proceso es

considerado como una garantía general que rige sobre todos los procesos y que debe aplicarse en forma subsidiaria.

Sergio García Ramírez, en su definición de debido proceso, enfatiza la relación de las personas con el Estado. El debido proceso que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda efectuarlos.

Alex Caroca señala “la garantía de debido proceso en lo que constituye su característica esencial, no se trata de una garantía específica, que tenga un contenido preestablecido, sino que corresponde a los propios actores del sistema judicial llenarla de contenido. Por ello se trata, de una garantía que debe operar, a nuestro entender, fundamentalmente como una fórmula general y subsidiaria, que permita corregir procesos cuando no concorra otra garantía o para reforzar una garantía específica.”¹⁷

Concepción s. Núñez y Miranda Flor Zúñiga Pacheco nos dicen que el debido proceso trata de humanizar los procesos, dentro de una sociedad que ha engendrado sus propias contradicciones. De lo que se trata es de intentar conocer y respetar la historia personal y social de las personas involucradas y, con ello, hacer que la justicia llegue y se aplique considerando factores objetivos, pero también subjetivos y culturales.

Saavedra Rojas nos dice que “se trata de uno de los derechos o garantías fundamentales consagradas en la Carta Magna, por su importancia política como instrumento garantista de las libertades y derechos primordiales del ser humano, ante el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. “Se ha

¹⁷ CAROCA, Alex, Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Sistema Procesal Penal, Editorial jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2000.

repetido que ese poder sancionador no es abstracto y que, por el contrario, deben existir muy claras barreras limitadoras de su ejercicio presto que un momento determinado la omnipotencia del Estado guiado por ideologías extremas, no manifestada en el arbitrario ejercicio del poder por quienes lo detentan, pueden llegar a cercenar o conculcar preciosas libertades, derechos o garantías del ser humano. Este principio como principio político fundamentalmente garantista se convierte en la valla más eficaz para racionalizar el ejercicio del poder represivo del Estado, es el instrumento garantizador de los derechos del individuo frente a un potestad estatal, y de ahí su capital importancia, porque de hecho se convierte en el medio regulador entre el poder del estado y la debilidad e importancia que frente a él deben soportar los ciudadanos”¹⁸

Para Velázquez Velázquez, “por debido proceso legal se entiende no solo en conjunto de procedimiento legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa, referida a la libertad individual, sea formalmente válida (aspecto subjetivo), sino también el contenido que debe plasmarse en ella, de tal manera que se constituya en garantía del orden, la justicia, sin lesionar de manera indebida la seguridad jurídica presupuesta como intangible para el individuo para el estado liberal (aspecto objetivo). Ahora bien, aplicadas las normas anteriores al derecho procesal penal se tiene que, desde el Angulo adjetivo, el trámite procesal debe ajustarse a principios como los siguientes: existencia de una ley anterior al hecho que se imputa o legalidad procesal; juzgamiento realizado por el funcionario judicial señalado en la Constitución o juez natural; **oportunidad de ejercer la defensa o inviolabilidad del derecho a defensa**; cumplimiento de las formalidades de notificación y audiencia; careos del imputado con los testigos de cargo; posibilidad de presentar pruebas de descargo, y de convertir las ya allegadas en contra del acusado; etc., pero al mismo tiempo, se deben

¹⁸ SAAVEDRA ROJAS, Edgar, Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal; las normas rectoras del proceso penal. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1995, p. 39.

observar las siguientes prohibiciones: de doble juzgamiento o exclusión del *non bis in ídem*; de declarar en contra de sí mismo; de ejercer contra el procesado coacciones indebidas, o someterlo a tratos inhumanos, crueles o degradantes para la persona humana; de resolver las dudas en contra del reo: de afectar derechos individuales mediante la aplicación de leyes retroactivas; de restricciones de los derechos individuales, etc. En lo sustantivo, se debe aplicar a lo largo del proceso una recta, pronta y cumplida justicia, garantizándole al ciudadano la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones legales; si ello no fuera así, peligrarían los derechos ciudadanos, se entronizaría la arbitrariedad, y las personas no sabrían quién podría juzgarlas y en qué condiciones, lo cual conduciría a que viviese en un continuo estado de zozobra e inseguridad”¹⁹

Una definición Peruana se refiere al concepto sustantivo de la noción. Sin embargo en este caso, el énfasis se coloca en el valor sustantivo de lo procesal como la vía idónea para reclamar derechos en un estado constitucional de derecho. *“El debido proceso no puede ser entendido desde una perspectiva formal únicamente, es decir, su tutela no puede ser reducida al mero cumplimiento de las garantías procesales formales. Precisamente esta perspectiva desnaturaliza la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, y los vacía de contenido. Y es que el debido proceso no solo se manifiesta en una dimensión adjetiva –que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales–, sino también en una dimensión sustantiva –que protege los derechos fundamentales frente a las leyes y actos arbitrarios provenientes de cualquier autoridad o persona particular-. En consecuencia la observancia del derecho fundamental al debido proceso no se satisface únicamente cuando se presentan garantías procesales, sino también cuando los actos mismos de cualquier autoridad, funcionario o persona no devienen en arbitrarios.”* Como puede observarse desde el punto de vista de la

¹⁹ VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando, Derecho Penal: Parte General, Santa Fe de Bogotá, Temis S.S., 1994, pp. 251 y 252.

resolución peruana, la noción debido proceso rebasa pro mucho el esquema procesal formal. En ese sentido, la noción adquiere un contenido que califica lo procesal de tal manera que lo convierte en un derecho sustantivo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, formula una aproximación del concepto. *“Ese derecho implican por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos y la aportación e pruebas). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido, esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido,”*

Las definiciones antes apuntadas dan cuenta de una concepción del debido proceso en donde sus múltiples elementos pueden aparecer tanto en forma explícita como en forma implícita en constituciones y en la legislación procesal.

2.2.2 Objeto.

Una decisión de la Corte Colombiana empieza por señalar que el debido proceso **es aplicable a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas**. Sentencia T-945/99 *“DEBIDO PROCESO-Alcance. El debido proceso está consagrado en la Carta Política como un derecho de rango fundamental que se aplica en todas las actuaciones judiciales y administrativas. El proceso es debido cuando se ajusta a las previsiones legales, se acomoda a las formas propias de cada juicio y garantiza el derecho de defensa de los asociados. A través de la garantía de debido proceso el Estado logra impedir que las controversias jurídicas se tramiten según el capricho de los funcionarios*

encargados de resolverlas. Pero también busca que la administración de justicia se imparta según criterios homogéneos que garanticen la seguridad jurídica y el principio de igualdad. Adicionalmente, por la sola circunstancia de ser un derecho fundamental, el debido proceso en cuanto garantía ciudadana puede ser reclamado judicialmente por vía de acción de tutela, pues el carácter sumario y previamente de este procedimiento, hacen de él un mecanismo idóneo para evitar que los agentes encargados de la administración de la justicia resuelvan los conflictos sometidos a su consideración por fuera de la juridicidad, es decir, acudiendo a las vías de hecho.”

La decisión parte de reconocer la mutabilidad del concepto a la luz del tipo de proceso o procedimiento de que se trate, y lo ajusta en primer término al estricto cumplimiento de las normas procesales preexistentes. A partir de ahí, reconoce su efecto **inhibidor de la arbitrariedad** y la **generación de seguridad jurídica**.

La siguiente decisión del Tribunal Colombiano **fija los alcances del debido proceso** en un entono Constitucional de Derecho. Sentencia C-383/00 Colombia. *“DEBIDO PROCESO – Eficacia de las formas propias de cada juicio. La transgresión que pueda ocurrir de aquellas normas mínimas que la Constitución o la Ley establece para las actuaciones procesales, como formas propias de cada juicio, atenta contra el debido proceso y desconoce la garantía de los derechos e intereses de las personas que intervinieron en el mismo. De esta manera logra ignorar el fin esencial del Estado social de derecho que pretende brindar a todas las personas la efectividad de los principios y derechos constitucionalmente consagrados, con el fin de alcanzar tal convivencia pacífica ciudadana y la vigencia de un orden justo. Sin embargo, la violación del derecho al debido proceso no solo puede predicarse del incumplimiento de una determinada regla procesal; también ocurre por virtud de la ineficacia de la misma para alcanzar el propósito para el que fue concebida. Así en la medida en que el derecho sustancial prevalece sobre las*

formas procesales, como mandato que irradia todo ordenamiento jurídico y, muy especialmente, las actuaciones destinadas a cumplir con la actividad judicial, es que las formas procesales que la rijan deben propender al cumplimiento de los propósitos de protección y de realización del derecho material de las personas y la verdadera garantía de acceso a la administración de la justicia. Con ello no se quiere significar que las reglas del procedimiento, legalmente establecidas, puedan resultar inobservadas sin discriminación por los funcionarios encargados de conducir el respectivo proceso; por el contrario, estas deben aplicarse con estricto rigor en la medida de su eficacia para realizar los derechos e intereses de las personas. So pena de convertir en legales los actos efectuados en su reconocimiento”.

La decisión reconoce que el objeto último del debido proceso es la protección de los derechos de las personas. De esta manera el apego a las reglas procesales es variable siempre que el mismo sea eficaz para garantizar dichos derechos. Cuando las reglas procesales son insuficientes o generan un efecto contrario, entonces es necesario, en seguimiento de la noción debido proceso, procurar los ajustes que se necesitan para hacer efectiva la protección que se busca.

Sentencia T-945/01 Colombia. “*DEBIDO PROCESO – Alcance. El derecho al debido proceso hace referencia a un conjunto complejo de circunstancias (por ejemplo la definición del estatus de las personas o la consagración de actos, etapas, oportunidades e intercambios) señaladas por la Constitución y la Ley que “protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso”, asegurándole a lo largo del mismo la posibilidad de defender sus intereses mediante el señalamiento expreso de los requisitos y obligaciones que debe cumplir y de los recursos de los que cuenta para impugnar las decisiones de la autoridad. Pero también la existencia de un principio de esta naturaleza refiere la necesidad de dar cumplimiento a una secuencia de actos, relacionados entre sí de una manera directa o indirecta, que persiguen un*

*objeto adicional: **la racionalización del ejercicio del poder** de tal manera que se reconozca en la ley, y no en la voluntad, en la fuerza o en la arbitrariedad, la forma de resolución de las condiciones de derecho. Así como otras veces lo ha dicho la Corte “las actuaciones que atiendan los funcionarios judiciales o las autoridades administrativas deben conservar y respetar en todo momento las normas que regulan los procedimientos a seguir con el fin de preservar las garantías –derechos y obligaciones- de quienes se encuentran inmersos en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación, o extinción de un derecho o a la imposición de una sanción.” **La necesidad de racionalizar el ejercicio del poder público y privado hace necesario un proceso que garantice (i)** La definición de los elementos básicos que estructuran cualquier relación jurídica, señalando tanto los supuesto relevantes para reconocer una conducta como jurídicamente significativa como los efectos (consecuencias o sanciones) que se siguen de su incumplimiento. **(ii)** La identificación de la autoridad que es el tercio imparcial competente para adoptar las decisiones relativas a los desacuerdos que surjan en la relación jurídica. **(iii)** La existencia de los medios jurídicos (acciones o recursos) que se puedan emplear en los casos en los que quienes hacen parte de una determinada relación jurídica estiman necesaria la intervención de un tercero (la autoridad competente) para resolver las posibles diferenciad que se originan en dicha relación jurídica. **(iv)** El conocimiento por parte de todos los interesados, tanto de los elementos que estructuran la relación jurídica que se establece y sus efectos concretos, como de los remedios jurídicos de los que gozan las partes para proteger sus intereses y finalmente **(v)** el efectivo ejercicio de las herramientas jurídicas con las que el interesado puede adelantar su defensa ante las autoridades o terceros. Estos elementos tanto procedimentales como sustanciales, estructuran la garantía de debido proceso.”*

Conviene empezar por destacar la doble dimensión que se identifica en el debido proceso. Por una parte se presenta como el **elemento clave para la**

protección de los derechos de las personas. Por la otra aparece como la **escala para medir la racionalidad en el ejercicio del poder público y privado.** Aquí la Corte Colombiana aporta una noción en la que el debido proceso trasciende la relación persona/autoridad. De esta manera, el debido proceso también se presenta como una cuestión exigible en la relación entre particulares.

Bajo esa misma línea cabe citar la siguiente resolución del Constitucional Colombiano en donde se relaciona al debido proceso con la **legalidad**, la **igualdad** y la **seguridad jurídica**. Sentencia T-546/00 “*DEBIDO PROCESO – Alcance. El derecho al debido proceso considerado de manera abstracta constituye una aplicación del principio de legalidad dentro del proceso judicial o administrativo. Tal definición aun sin necesidad que se determine el contenido y los alcances del derecho tiene una repercusión fundamental: garantizarles a las personas que la actividad de las autoridades estatales va a seguir un conjunto de reglas procesales establecidas de antemano. Este derecho, así formulado, brinda a los individuos seguridad frente a la actividad estatal y garantiza que dichas reglas se apliquen por igual a todos, como consecuencia del carácter general y abstracto de la ley procesal. De tal modo da aplicación a tres principios jurídicos fundamentales: la seguridad jurídica, la legalidad de los procedimientos y la igualdad de las personas frente a la ley. Como regla general, el derecho al debido proceso tiene cabida, únicamente, en procedimientos que sigan las autoridades administrativas o judiciales y sólo excepcionalmente en las actuaciones de los particulares.*

2.2.3 Elementos

En un voto disidente de los jueces Velázquez y Maqueda de la Corte Argentina, establecen las bases para un primer catálogo de los elementos del debido proceso. 30/09/2003. “*CONSTITUCIÓN NACIONAL. Derechos y garantías. Defensa en juicio. Procedimiento y sentencia. Ref: prueba sentencia.*

Debido proceso. La observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia, y el derecho del imputado a un tribunal imparcial y apto ante el cual defenderse integran la garantía constitucional de debido proceso.”El ordenamiento señala que **la tutela del debido proceso exige revisar que se satisfagan formas sustanciales** en cuestiones relacionadas con **la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia.**”

La siguiente decisión de la Corte Argentina enfatiza el tema de la aptitud de los jueces. 14/06/2001. “*CONSTITUCIÓN NACIONAL. Derechos y garantías. Defensa en juicio. Ley anterior y jueces naturales. Ref: Jueces naturales. Debido proceso. Defensa en juicio. La garantía del juez natural como las de debido proceso y las de defensa en juicio, exigen que tanto el tribunal se halle estableció por la ley anterior al hecho de la causa, cuanto que haya jueces que hagan viable la actuación de aquél en las causas en que legalmente se le requiera y le corresponda.*”

Las decisiones anteriores si bien no fijan con claridad los alcances, se desprende que el escrutinio cualitativo debe enfocarse en cuatro áreas: **la acusación, la defensa, la prueba y la sentencia.** Y como complemento final establece la necesaria existencia de un tribunal imparcial. Cabe destacar la exigencia de la **aptitud en el tribunal.** En este requisito necesariamente alude a la capacidad de los juzgadores para realizar la labor que se espera de ellos. Ello introduce en el escrutinio cualitativo del debido proceso la calidad misma de los jueces.

Una decisión de la Suprema Corte de Justicia Mexicana fija los ámbitos desde los que es posible realizar el control del debido proceso. Tesis Aislada (Constitucional), 1a. IV/2014 (10a.), sustentada por la Primera Sala, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 2, Enero de 2014, Tomo II, Pág. 1112. “*DERECHO HUMANO AL DEBIDO*

*PROCESO. ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN. El artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reconoce el derecho humano al debido proceso al establecer que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho. Ahora bien, este derecho ha sido un elemento de interpretación constante y progresiva en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, del que cabe realizar un recuento de sus **elementos integrantes** hasta la actualidad en dos vertientes: **1)** la referida a las **formalidades esenciales del procedimiento**, la que a su vez, puede observarse a partir de dos perspectivas, esto es: **a)** desde quien es **sujeto pasivo en el procedimiento** y puede sufrir un acto privativo, en cuyo caso adquieren valor aplicativo las citadas formalidades referidas a la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, el derecho a alegar y a ofrecer pruebas, así como la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas y, **b)** desde quien insta la función jurisdiccional para reivindicar un derecho como **sujeto activo**, desde la cual se protege que las partes tengan una posibilidad efectiva e igual de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas en apoyo de sus pretensiones, dimensión ligada estrechamente con el derecho de acceso a la justicia; y, **2)** por la que se enlistan determinados **bienes sustantivos constitucionalmente protegidos**, mediante las formalidades esenciales del procedimiento, como son: la libertad, las propiedades, y las posesiones o los derechos. **De ahí que previo a evaluar si existe una vulneración al derecho al debido proceso, es necesario identificar la modalidad en la que se ubica el reclamo respectivo.**”*

En otra decisión la Corte Mexicana hace distinciones dentro de la noción. Por una parte identifica lo que denomina “**núcleo duro**” en donde se ubican elementos indispensables para satisfacer el principio de debido proceso. Por otra parte se refiere al **elenco de garantías mínimo** que debe tener toda

persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado. *"DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "núcleo duro", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.", sostuvo que las formalidades esenciales del procedimiento son: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no*

*declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la **segunda**, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.”*

2.2.4 Ámbitos de protección

Los siguientes ámbitos de protección son una clara muestra de la forma en la que los elementos del debido proceso se presentan como interdependientes. La obtención de un objeto abre la puerta para que se cumpla una nueva garantía y así sucesivamente hasta que se produzca el debido proceso en el juicio de que se trate.

a) Debido Proceso e Imparcialidad.

Con frecuencia se escucha hablar sobre la necesidad de garantizar que los tribunales sean independientes. Al efecto los debates giran en torno a cuestiones relacionadas con el presupuesto de los poderes judiciales, los mecanismos de designación de los jueces o la disciplina judicial, por mencionar algunos ejemplos. Sin embargo, las discusiones en ocasiones suelen dejar a tras la idea de que la independencia judicial no es un fin en sí mismo, sino un medio para tratar de garantizar imparcialidad en el ejercicio de la función judicial. Desde luego que el diseño institucional representa una herramienta fundamental para fortalecer a los poderes judiciales y con ello contribuir a garantizar la imparcialidad. Sin embargo no es la única alternativa. Los tribunales a través del debido proceso también intervienen en la construcción de imparcialidad.

El mecanismo que se ofrece para garantizar la imparcialidad es la recusación. Además los jueces, cuando encuentran causas que pudieran cuestionar su imparcialidad tienen el deber de excusarse.

b) Debido Proceso y Jurisdicción.

En relación con el derecho a un juez natural, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que es un elemento integrante de debido proceso. Y para cumplir con dicho derecho se requiere que el juez reciba su jurisdicción mediante un mandato legislativo dado en forma previa a los hechos que serán juzgados.

c) Debido Proceso y Legalidad.

En la práctica judicial ambos principios –debido proceso y legalidad– parecen entremezclarse. Las aproximaciones prácticas en muchas ocasiones se ocupan menos de la pureza conceptual y se avocan más al estudio de los problemas a resolver. Este ejercicio parece desvanecer las diferencias entre los conceptos, de tal manera que uno puede llegar a subsumir al otro o se considera de forma general que el acto sujeto a escrutinio viola ambos principios.

El principio de legalidad típicamente exige que los actos de autoridad se encuentren sustentados en una norma y que exista un razonamiento a cargo de la autoridad mediante el cual se establezcan las razones por las cuales las cuestiones prácticas sometidas a su potestad deben tener como resultado la aplicación de determinadas normas. El análisis desde este ángulo puede identificarse en forma directa cuando el fallo o el acto de autoridad sujeto a escrutinio carece de cualquier tipo de citación de precepto legal (fundamentación), o bien, no cuenta con un razonamiento en el que se justifique la aplicación de la norma (motivación).

La **violación** será **indirecta** cuando se alegue que la norma aplicada no es la que corresponde a la situación sujeta a juicio o cuando los razonamientos para justificar la aplicación de la norma no tengan relación con la situación fáctica que dio origen a la controversia o al acto de autoridad. En el caso de las **violaciones indirectas** el margen de apreciación es mucho más subjetivo. De ahí que los tribunales pueden optar por ser más o menos deferentes con sus inferiores o con las autoridades en la revisión de los criterios.

Algunos criterios jurisprudenciales bajan el problema de la falta de motivación a una situación en particular, al establecer cómo deben los juzgadores justificar las razones por las que optan por no seguir las conclusiones de un dictamen pericial. Con ello se contribuye a reducir la ambigüedad del escrutinio de la motivación. **No obstante la tarea de liberar al proceso del escrutinio de toda subjetividad parece imposible.**

Por otro lado cuando el tema de legalidad se enfoca en el cumplimiento a las reglas procesales, los tribunales parten de la presunción de que las normas que regulan el proceso titulan el debido proceso. Por esta razón enfatizan en que los procesos estén debidamente normados y que los jueces se ciñan a los mismos. Empero la ambigüedad que se encuentra en el análisis de los criterios de legalidad genera desacuerdos entre los juzgadores. Para algunos las violaciones de legalidad pueden ser muy evidentes mientras que para otros no lo son.

d) Debido Proceso y Justicia pronta.

La cuestión de la dilación en la impartición de justicia también se ha relacionado con el debido proceso. De esta manera la dilación y otros elementos provenientes de la noción acceso a la justicia se integran a propuestas amplias del concepto de debido proceso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana adopta criterios directamente de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al señalar en su criterio: “PLAZO RAZONABLE PARA RESOLVER, CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS” cuatro elementos o parámetros para medir la razonabilidad del plazo en que se desarrolla un proceso a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales; y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

e) Debido Proceso y reglas procesales.

La relación de debido proceso con el escrutinio de la calidad con la que se desarrolla el juicio destaca como la esencia del debido proceso en su noción adjetiva.

Cuando el paradigma del debido proceso rebasa el escrutinio de la estricta legalidad, los tribunales irremediablemente deben revisar cuestiones relacionadas con la naturaleza y efecto de las reglas procesales y contrastarlo con el principio del debido proceso. En algunos casos se observa la forma en como los tribunales optan por limitar la aplicación de la ley al considerar que su empleo genera afectaciones al debido proceso.

f) Debido Proceso y Congruencia y Exhaustividad.

La congruencia exige que los jueces se ciñan a la Litis y que sus resoluciones se refieran precisamente a las materias que están *sub iudice*. En el caso de la exhaustividad el requisito es que los juzgadores den respuesta a todos los puntos planteados en Litis.

La Corte Interamericana aborda el tema de la exhaustividad como un elemento del deber de motivación, y este a su vez como una parte del debido proceso. Señalando que “la motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de la justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.

g) Debido Proceso y el derecho a la Segunda Instancia.

Se identifica el derecho a la segunda instancia con el debido proceso. Es un derecho humano reconocido en el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”*

h) Debido Proceso y Derecho de Defensa.

El derecho a la defensa se reconoce como un componente clave de la noción debido proceso. Algunas de sus características en la tradición latinoamericana **son atribuidas al derecho de audiencia**. Por derecho a la defensa se entiende que las personas tengan una efectiva oportunidad de defender su punto de vista y ofrecer pruebas. Se destacan cuatro elementos que integran este principio. A saber

- a) El derecho a contar con un Defensor;
- b) El derecho a ser debidamente emplazado a juicio;
- c) El derecho a ofrecer y desahogar pruebas de descargo; y
- d) El derecho a formular alegatos.

Otro aspecto fundamental del derecho a la defensa tiene que ver con las **obligaciones de trato y custodia de la autoridad en relación con los detenidos**. En este sentido el tiempo que media entre la detención y la presentación al juez o al fiscal del detenido es un espacio en donde los detenidos se encuentran en una situación de especial precariedad. Lo que expone la jurisprudencia mexicana “DERECHO DE LA PERSONA DETENIDA A SER PUESTA A DISPOSICIÓN INMEDIATA ANTE EL MINISTERIO PÚBLICO. LA RETENCIÓN INDEBIDA GENERA COMO CONSECUENCIAS Y EFECTOS LA INVALIDEZ DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INDIRECTAMENTE EN AQUELLA, AL SER CONSIDERADOS ILÍCITOS.”

En cuanto a la **presencia de las partes en las audiencias**, como un elemento del derecho a la defensa, la Sala Constitucional COSTARRICENSE marca la importancia de que las personas sean citadas, incluso reconoce la necesidad de que el tribunal realice los ajustes que se requieran para garantizar la comparecencia de las partes. Sin embargo, rechaza crear una regla que flexibilice excesivamente la posibilidad de solicitar acomodados especiales con motivo de las comparecencias. Sin mencionarlo, la Sala parece aludir a la necesidad de evitar que los procesos se demoren innecesariamente,

i) Cosa juzgada

Existe otro elemento que es considerado como un principio procesal y se refiere a los efectos que producen una vez que una sentencia judicial ha quedado firme. Esta es la cosa juzgada.

El principio de cosa juzgada, guarda una estrecha relación con el principio de seguridad jurídica, en tanto que su objetivo es generar certeza sobre lo que se decidió en un tribunal en forma definitiva. En tales condiciones su relación con el debido proceso tiene un carácter incidental. Sin embargo

existen diversos criterios jurisprudenciales en donde la cosa juzgada aparece como un elemento del debido proceso.

El tribunal constitucional de PERÚ identifica a la Cosa Juzgada y al derecho a que las sentencias se ejecuten como elementos que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional.

La Corte Suprema de Argentina relaciona a la cosa juzgada con la seguridad jurídica, sin embargo, también se le identifica como un elemento del debido proceso, al señalar que las afectaciones a la misma impactan sobre la garantía del debido proceso.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana señala a la cosa juzgada y al debido proceso como instituciones interdependientes, en la tesis de rubro *“COSA JUZGADA. EL SUSTENTO CONSTITUCIONAL DE ESA INSTITUCIÓN JURÍDICA PROCESAL SE ENCUENTRA EN LOS ARTÍCULOS 14, SEGUNDO PÁRRAFO Y 17, TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En el sistema jurídico mexicano la institución de la cosa juzgada se ubica en la sentencia obtenida de un auténtico proceso judicial, entendido como el seguido con las formalidades esenciales del procedimiento, conforme al artículo 14, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dotando a las partes en litigio de seguridad y certeza jurídica. Por otra parte, la figura procesal citada también encuentra fundamento en el artículo 17, tercer párrafo, de la Norma Suprema, al disponer que las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para garantizar la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones, porque tal ejecución íntegra se logra sólo en la medida en que la cosa juzgada se instituye en el ordenamiento jurídico como resultado de un juicio regular que ha concluido en todas sus instancias, llegando al punto en que lo decidido ya no es susceptible de discutirse, en aras de salvaguardar la garantía de acceso a la justicia prevista en el segundo*

párrafo del artículo 17 constitucional, pues dentro de aquélla se encuentra no sólo el derecho a que los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado diriman los conflictos, sino también el relativo a que se garantice la ejecución de sus fallos. En ese sentido, la autoridad de la cosa juzgada es uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica, toda vez que el respeto a sus consecuencias constituye un pilar del Estado de derecho, como fin último de la impartición de justicia a cargo del Estado, siempre que en el juicio correspondiente se haya hecho efectivo el debido proceso con sus formalidades esenciales.”

Aunado a lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana limita los efectos de la cosa juzgada. En esta ocasión podemos ver como el principio de interés superior del niño se contrasta con el de la cosa juzgada. Mediante la jurisprudencia “*RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR DEBE PREVALECER EN EL JUICIO RELATIVO FRENTE A LA INSTITUCIÓN DE LA COSA JUZGADA.*”

2.2.5 Efectos del control por afectación.

Para determinar los efectos del control por afectación al debido proceso, primero es necesario partir de los supuestos en que dicho control es procedente. Por lo que respecta a los efectos de los controles por violaciones al debido proceso, la corte interamericana ha subrayado la necesidad de que los recursos sean efectivos.

Una resolución de la corte Colombiana, pone de relieve el carácter inmanente a todo acto de autoridad del debido proceso, con lo cual se considera que **cualquier instancia es la idónea para realizar un control** del mismo.

Por lo que respecta a la vía para reclamar las violaciones al debido proceso, la Sala Constitucional de Costa Rica ha sostenido: sentencia 10735-02 Costa Rica: *“Debe indicarse que esta Sala ha venido perfilando el contenido del debido proceso, haciendo la distinción entre infracciones al proceso legal –o violaciones “improcedendo”- que pueden ser corregidas a través del curso del procedimiento administrativo o **ante la jurisdicción ordinaria**, y las infracciones sustanciales a ese procedimiento, que inclusive pueden ir más allá del contenido de las normas procesales y cuyo irrespeto provoca verdadera indefensión, siendo esto un vicio que si debe ser analizado por la Sala Constitucional **a través del recurso de amparo**”.*

De esta manera, cuando se trata de controles de legalidad, la jurisdicción ordinaria parece suficiente. Sin embargo, cuando el escrutinio exige de un análisis de constitucionalidad sobre los alcances del debido proceso, el mismo es susceptible de análisis por la Sala Constitucional.

Cabe señalar que los tribunales latinoamericanos debaten entre diversas alternativas.

En materia de pruebas, la solución suele ser declarar la ilicitud de las que se consideren irregulares y mantener las demás actuaciones del proceso. Sin embargo, en otros casos, se estima que la magnitud de las violaciones afecta todo el proceso, por lo que puede optarse por la reposición de todo el proceso o incluso por establecer que no hay elementos para iniciar un nuevo proceso.

Un criterio de la corte internacional de Colombia *“La Corte, al estudiar la constitucionalidad del artículo 257 de la Ley 906 de 2004 sobre la nulidad por violación a garantías fundamentales, consideró que tradicionalmente en derecho colombiano se ha entendido que la aplicación de la regla de exclusión no invalida todo el proceso, sino que la prueba ilícita no puede ser tomada en*

*cuenta al momento de sustentar una decisión. No obstante lo anterior, entiende la Corte que tal principio debe ser exceptuado cuando quiera que se pretenda se valer en un juicio oral una prueba que ha sido obtenida en flagrante desconocimiento de la dignidad humana, tal y como sucede con las confesiones logradas mediante crímenes de lesa humanidad como lo son la tortura, desaparición forzada o la ejecución extrajudicial. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha considerado que adelantar procesos judiciales sin las debidas garantías, como lo es la exclusión de la prueba obtenida con violación a la integridad física del sindicado, “motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza.” Sin lugar a dudas resulta inadmisibles que pretenda hacerse valer durante la etapa de juicio oral una prueba obtenida mediante grave vulneración de los derechos fundamentales del imputado, dado que el nuevo procedimiento establece un conjunto de controles a la actividad investigativa del Estado, encaminados a evitar tal clase de situaciones. Por las anteriores razones, la Corte declaró exequible, por el cargo analizado, el artículo 257 de la ley 906, en el entendido de que se declara la **nulidad del proceso** cuando se haya presentado en el juicio la **prueba ilícita, omitiéndose la regla de exclusión, y esta prueba ilícita haya sido el resultado de tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.**”*

Los efectos de una sentencia en donde se encuentran que las pruebas se obtuvieron con violaciones graves a los derechos del procesado, también han sido expresados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana “...*existen escenarios en los que la vulneración material de un derecho fundamental apareja consecuencias prácticas constitucionales en la privación total del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por esas violaciones. El caso que nos ocupa es uno de ellos. Esta primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se enfrenta a un caso muy específico en que la violación a los derechos fundamentales a la*

asistencia consular y a la puesta a disposición sin demora, produjeron por si mismas una indefensión total de la recurrente. Aunado a lo anterior, en el caso concreto, esta indefensión se produce no solo por la violación individualizada de estos derechos sino porque, además, estas violaciones han producido la violación total del procedimiento al tener una incidencia devastadora en otros derechos fundamentales, como la presunción de inocencia y la defensa adecuada... a juicio de esta Primera Sala, la violación a la presunción de inocencia –derivada a su vez de las violaciones al derecho a la asistencia consular y a la puesta a disposición inmediata ante el ministerio público-, generaron en el caso concreto un efecto corruptor en todo el proceso penal y viciaron toda la evidencia incriminatoria en contra de la recurrente.”

2.2.4 Límites

En este apartado se analiza la forma en que los tribunales se aproximan al debido proceso a la luz de otros derechos que pudieran estar en juego en un asunto particular.

Teniendo como punto de partida que los contenidos de la noción debido proceso en materia penal deben ser aplicados en cualquier circunstancias. Se trata de normas que suelen ser explícitas en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos o en las Constituciones. Sin embargo, existen otros elementos del debido proceso que pueden ser modulados a la luz de otros derechos mediante técnicas como la ponderación. Así, por ejemplo, la Corte Mexicana señala “**SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. ES UNA INSTITUCIÓN DE RANGO CONSTITUCIONAL QUE RESTRINGE VÁLIDAMENTE EL DERECHO A SER JUZGADO CON IGUALDAD PROCESAL (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 2 DE ABRIL DE 2013)**”

Al amparo de la institución “**suplencia de la que ha deficiente**” los jueces tienen la obligación de intervenir en los procesos para favorecer la posición de una de las partes, en el entendido de que la misma tiene una disposición precaria en su derecho de acceso a la justicia. De esta manera, la suplencia busca garantizar el efectivo acceso a la justicia y para ello el derecho a la existencia de jueces imparciales contemplado como un elemento del debido proceso.

En el siguiente criterio de un tribunal mexicano, se determina que las investigaciones de los órganos administrativos del Estado, no se rigen bajo el principio del debido proceso legal. “*COMPETENCIA ECONÓMICA. DURANTE LA FASE DE INVESTIGACIÓN QUE REALIZA LA COMISIÓN FEDERAL DE LA MATERIA, IGUAL QUE EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA A CARGO DEL MINISTERIO PÚBLICO, NO RIGE EL DEBIDO PROCESO LEGAL EN TÉRMINOS DE LOS ARTÍCULOS 14, 16, 19 Y 20 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL.*”

En el caso *Hamdi Vs Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004)* la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos reconoce la posibilidad de limitar la protección de debido proceso en ciertos casos. De esta manera, la profundidad del escrutinio realizado a través del debido proceso puede tener variaciones a partir de consideraciones de deferencia hacia el órgano que tomó la decisión que se pretende revisar. El sustento de la deferencia puede ser variable. Se puede alegar la **especialización del órgano** encargado de tomar la decisión o incluso el estándar puede tener repercusiones sobre la forma en que se **valora la evidencia disponible**.

2.3 LA GARANTÍA DE AUDIENCIA.

Como lo mencionamos con anticipación, el derecho humano de Garantía de Audiencia se encuentra estrechamente relacionada con el derecho de Defensa.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana, ha determinado que las garantías que integran al principio denominado **Formalidades Esenciales del Procedimiento**, son, en su conjunto, la **Garantía de Audiencia**. Identificando a dicho principio como el “núcleo duro” del debido proceso. Es decir, a la Garantía de Audiencia la podemos concebir como el “núcleo duro” que integra al Debido Proceso.

“DERECHO AL DEBIDO PROCESO. SU CONTENIDO. Dentro de las garantías del debido proceso existe un "núcleo duro", que debe observarse inexcusablemente en todo procedimiento jurisdiccional, y otro de garantías que son aplicables en los procesos que impliquen un ejercicio de la potestad punitiva del Estado. Así, en cuanto al "**núcleo duro**", las garantías del debido proceso que aplican a cualquier procedimiento de naturaleza jurisdiccional son las que esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como **formalidades esenciales del procedimiento**, cuyo conjunto integra la "**garantía de audiencia**", las cuales permiten que los gobernados ejerzan sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente. Al respecto, el Tribunal en Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia P./J. 47/95, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, página 133, de rubro: "FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO.", sostuvo que **las formalidades esenciales del procedimiento son**: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada

por esta Primera Sala como parte de esta formalidad. Ahora bien, el otro núcleo es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante la actividad punitiva del Estado, como ocurre, por ejemplo, con el derecho penal, migratorio, fiscal o administrativo, en donde se exigirá que se hagan compatibles las garantías con la materia específica del asunto. Por tanto, dentro de esta categoría de garantías del debido proceso, se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.”

Por su parte otra decisión de la Suprema Corte Mexicana nos indica cuales son, en específico, dichas Formalidades Esenciales Del Procedimiento.

*“FORMALIDADES ESENCIALES DEL PROCEDIMIENTO. SON LAS QUE GARANTIZAN UNA ADECUADA Y OPORTUNA DEFENSA PREVIA AL ACTO PRIVATIVO. La garantía de audiencia establecida por el artículo 14 constitucional consiste en otorgar al gobernado la oportunidad de defensa previamente al acto privativo de la vida, libertad, propiedad, posesiones o derechos, y su debido respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, la de que en el juicio que se siga "se cumplan las **formalidades esenciales del procedimiento**". Estas son las que **resultan necesarias para garantizar la defensa adecuada** antes del acto de privación y que, de manera*

genérica, se traducen en los siguientes requisitos: 1) La notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias; 2) La oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; 3) La oportunidad de alegar; y 4) El dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas. De no respetarse estos requisitos, se dejaría de cumplir con el fin de la garantía de audiencia, que es evitar la indefensión del afectado.”

2.4 EL DERECHO DE DEFENSA.

Como adelantamos en capítulos anteriores, el derecho a la defensa se reconoce como un componente clave de la noción debido proceso y algunas de sus características, en la tradición latinoamericana, son atribuidas al derecho de audiencia. Por derecho a la defensa se entiende **que las personas tengan una efectiva oportunidad de defender su punto de vista y ofrecer pruebas.**

Se destacan cuatro elementos que integran este principio. A saber a) El derecho a contar con un Defensor (permitiendo la libre elección del mismo); b) El derecho a ser debidamente emplazado a juicio; c) El derecho a ofrecer y desahogar pruebas de descargo; y d) El derecho a formular alegatos. Que más adelante se abordan de fondo.

Evidentemente, la efectividad de las oportunidades de defensa, y concretamente de las que debe tener el interesado para conocer las pruebas y para contraprobar, se concretan, según las ritualidades propias de cada juicio en que también hacen parte del debido proceso, en el señalamiento de momentos y términos procesales a partir o dentro de los cuales puede entrarse a exponer los argumentos pertinentes para desvirtuar la prueba existente en su contra, así mismo como las pruebas en que se fundamenta.

De ahí que cuando la ley o el funcionario omiten la previsión o concesión de esas oportunidades, vulneran el Estado Constitucional de Derecho en

cuanto se cercena el derecho de defensa, y se quebranta de manera flagrante el debido proceso.

Pues bien, el derecho de defensa se encuentra consagrado no solamente en los mandatos constitucionales de los países con un sistema de justicia acusatorio sino que también se encuentra contemplado en instrumentos internacionales de derechos humanos. En concordancia con lo anterior, diversos organismos, convenios y Tribunales reconocen el derecho a la defensa en los sistemas de justicia modernos y en consecuencia, se han suscrito algunas convenciones internacionales que hacen referencia al derecho que tiene un indiciado de ser asistido por un defensor.

Al respecto el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 además de disponer que toda persona acusada tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en el juicio público, señala que **se le debe haber asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.**

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el artículo 8.2 d) el “derecho del imputado de elección de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;” y el inciso e) establece que “durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, 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 o ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

El artículo 14 de del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su inciso d) señala que durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, “... a **defenderse personalmente** o **ser asistida por un defensor de su elección**; a ser informada, si no tuviera

defensor, del derecho que le asiste de tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si carece de medios suficientes para pagarlo”.

El artículo 93 de este tratado internacional dispone que: “el acusado estará autorizado a pedir la **designación de un defensor de oficio** cuando se haya previsto dicha asistencia, y a **recibir visitas de su abogado a propósito de su defensa**. El acusado podrá de igual forma preparar y dar a éste instrucciones confidenciales. Durante las entrevistas con su abogado, el acusado podrá ser vigilado visualmente, pero la conversación no deberá ser escuchada por ningún funcionario de la policía o del establecimiento penitenciario.

De acuerdo a los derechos consagrados por los instrumentos internacionales, toda persona tiene derecho a ser asesorada y asistida por un **profesional del derecho** y si no puede costearse un abogado por sí mismo, el Estado le asignará un defensor público en forma gratuita. Con ello, se busca garantizar el cumplimiento del principio de igualdad. Cabe señalar que dicho derecho es irrenunciable y que se considera vulnerado si a un individuo no se le permitiera asesorarse mediante un especialista en derecho o bien cuando la asesoría provista por el versado en derecho no es idónea.”

Al derecho de defensa se le mira hoy desde distintos puntos de vista a saber: 1). Punto de vista o aspecto jurídico positivo: Importa la preexistencia de la ley imputada, bien en sus aspectos sustanciales como en los procedimentales. 2). Punto de vista o aspecto jurídico orgánico: Es importante aquí la competencia de los funcionarios, fiscal y juez, encargados de adelantar la investigación y el juzgamiento. 3). Punto de vista o aspecto material: Es decir, se invoca la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.²⁰

²⁰ RENGIFO CUELLO, Cesar Augusto, et al., *Op. cit.*, p. 56.

La nueva reforma en México, pone de manifiesto, en toda su plenitud, el derecho de defensa del procesado. Entre las principales funciones que tienen el abogado defensor se encuentran participar en todas las audiencias que comprende en nuevo procedimiento penal y ejercer dentro de ellas la contradicción procesal, tener acceso a la carpeta de investigación, utilizar los medios de prueba, aportar prueba y oponerse a la ofrecida por la contraparte, entrevistar a los testigos y a los de la contraparte además de presentar sus recursos. Los momentos en que interviene comienzan desde que una persona es detenida y citada a comparecer ante el Tribunal, continuando durante la tramitación del juicio, una vez pronunciada la sentencia condenatoria en la interposición de recursos ante la inconformidad del fallo judicial y en la etapa de ejecución de sentencia una vez que estas han causado ejecutoria, momento a partir del cual el abogado defensor podrá solicitar al juez de ejecución de sanciones la concesión de beneficios preliberacionales y sustitutivos de sanción.²¹

a) Derecho a un Abogado

Los criterios sobre el derecho a un defensor marcan dos vertientes. La primera se enfoca en la necesidad de que las personas cuenten con y un defensor. El punto de partida es que existe absoluto consenso en que la asistencia de un defensor es elemento indispensable para el debido proceso en los asuntos penales. El tema es determinar si el derecho a un defensor existe en otras materias. El segundo, **el énfasis se pone en el desempeño de los abogados**. En ese sentido, se sostiene que la existencia de un abogado per se no satisface el derecho a un defensor. Al efecto, se espera que el defensor realice una **defensa adecuada**. Aquí se introduce una imagen de apreciación cualitativa para determinar si el derecho al defensor se satisfizo o no.

²¹ Vid, BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *et al.*, La Defensa en el Sistema Acusatorio, Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V., México 2014, pp. 111, 113, 117 y 118.

El punto de partida es claro. En cualquier proceso o procedimiento, las personas tienen derecho a ser asistido por un abogado si así lo desean. La pregunta que necesariamente sigue es ¿En qué casos el Estado está obligado a proporcionar un defensor público a una de estas partes? Aquí se entiende que dicho derecho está garantizado para la defensa en procesos penales. Para responder lo anterior conviene citar una opinión consultiva de la Corte Interamericana de derechos humanos. El razonamiento de la Corte pare de reconocer que el artículo 1.1 de la convención prohíbe la discriminación por motivos económicos. A partir de ahí, establece que los Estados tienen el deber de evitar que las personas sean discriminadas por dicho motivo.

El criterio de la Corte Interamericana identifica como un elemento necesario para acceder a la justicia la existencia de capacidad económica, al efecto, **reconoce que la falta de capacidad económica**, ya sea para acceder a los servicios de un abogado o para cubrir las tasas que se cobran por la impartición de justicia, constituye barreras para el acceso y atribuyen a los Estados la obligación general de cerciorarse que las mismas no impiden el acceso de las personas. A partir de ahí señala que el derecho a un abogado a cargo del Estado o de otras facilidades para acceder a la justicia en aras diversas a la penal que debe garantizarse a las personas que si lo requieran en función de sus condiciones particulares y de cuestiones que se encuentren en juego.

b) Emplazamiento.

El emplazamiento, como un elemento del debido proceso, trasciende el tema de la citación a juicio. En estas condiciones, los tribunales no solo deben hacer lo posible por que las partes comparezcan sino que deben proporcionar, a los citados, información suficiente sobre las razones de la citación **con el objeto de que preparen su defensa**. En el criterio la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mexicana se destaca esta cuestión. Tesis Aislada

(Constitucional), 1a. CC/2011 (9a.), sustentada por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Octubre de 2011, Tomo 2, Pág. 1088. “*JUICIO ORAL SUMARIO. LA REGULACIÓN DEL CITATORIO A JUICIO CON EFECTOS DE EMPLAZAMIENTO, VIOLA LA GARANTÍA DE AUDIENCIA (SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 578 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE PUEBLA).*”

De manera general, el emplazamiento **debe entenderse con la persona directamente interesada**. Sin embargo, en ocasiones esto no es posible. Las legislaciones procesales reconocen la posibilidad de realizar el emplazamiento por edictos cuando no se tienen datos para localizar a la persona que se quiere emplazar. En un criterio de la Sala Constitucional de Costa Rica se reconoce la posibilidad de emplazar por edictos cuando el emplazado a asido omiso en registrar sus datos en términos de una disposición administrativa que así lo obliga.

c) Pruebas

La decisión del tribunal constitucional de Perú analiza el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional. En ese sentido delimita los alcances del escrutinio constitucional respecto del escrutinio de un tribunal ordinario, es decir, se distingue el análisis del derecho a la prueba como un elemento debido proceso, del análisis de la prueba que realizan los tribunales ordinarios cuando resuelven los asuntos que les competen.

De esta manera, el derecho a la prueba desde el debido proceso establece el derecho a ofrecer pruebas, a que las mismas sean admitidas, a que sean votadas y que en determinación se expresen las razones por las que se estimó darles el valor que se les dio a la luz de lo resuelto en la audiencia.

El siguiente voto aborda una cuestión técnica compleja. Se trata del tema de **carga de la prueba**. Los autores del voto sostienen que una determinación que otorga a un procesado la carga de la prueba, puede afectar el derecho a la defensa y con ello el debido proceso.

En la tesis siguiente se analiza la validez de la **prueba circunstancial** a luz del debido proceso. La Suprema Corte de Justicia Mexicana considera la regulación de la prueba circunstancial como acorde con el debido proceso. *“PRUEBA CIRCUNSTANCIAL. EL ARTÍCULO 261 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, NO VIOLA LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO. El artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el derecho subjetivo público consistente en el debido proceso legal; garantía que respeta el artículo 261 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al disponer que los jueces y tribunales, según la naturaleza de los hechos, la prueba de ellos y el enlace natural, más o menos necesario que exista entre la verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las presunciones hasta poder considerar su conjunto como prueba plena. Lo anterior, toda vez que constituye un medio de prueba que no impide al procesado ejercer su derecho a la defensa y contra argumentación; además, el citado precepto establece cuáles son las reglas a respetar para la integración y valoración de esta prueba, en particular, exige que se encuentren probados los hechos de los cuales se derivan presunciones y que exista un enlace natural más o menos necesario entre la verdad conocida y la que se busca, en la inteligencia de que el enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia debe ajustarse a las reglas de la lógica y a las máximas de la experiencia. Sin que la conclusión anterior pueda ser desvirtuada por el hecho de que la norma impugnada no disponga expresamente que la prueba circunstancial sólo procede en aquellos casos en los que no se tiene prueba directa, pues ese es el presupuesto lógico y necesario de su existencia y utilidad, y en el supuesto de que ésta fuera adminiculada con pruebas directas, sólo reforzarían la conclusión que el*

juzgador pudo obtener de manera inmediata por otros medios.” Tesis Aislada (Constitucional), Tesis: 1a. CCLXXIII/2012 (10a.), sustentada por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, con datos de localización; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, Pág. 531.

La corte interamericana de derechos humanos también se ha pronunciado sobre esta cuestión. *“130. La práctica de los tribunales internacionales e internos demuestra que la prueba directa, ya sea testimonial o documental, no es la única que puede legítimamente considerarse para fundar la sentencia. La prueba circunstancial, los indicios y las presunciones pueden utilizarse, **siempre que de ellos puede inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.** 131. La prueba indiciaria o presuntiva resulta de especial importancia cuando se trata de denuncia sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la suspensión de todo elemento que permita comprobar **el secuestro**, el paradero y la suerte de las víctimas. 132. El procedimiento ante la Corte, como tribunal internacional que es, presenta particularidades y carácter propios por lo cual no le son aplicables automáticamente, todos los elementos de los procesos ante tribunales internos.”*

Si bien la corte interamericana acepta la posibilidad de que se empleen pruebas indiciarias y circunstanciales, debe subrayarse que dicho tribunal se refiere a las diferencias entre lo que puede hacerse en un proceso penal y lo que puede hacerse en un proceso que involucra la responsabilidad de un Estado por violación a derechos humanos. No obstante, la Corte no es clara en explicitar la forma en la que esta diferencia debe impactar sobre la introducción y la valoración de pruebas indiciarias o circunstanciales.

En los casos siguientes los tribunales optan por **excluir pruebas** al estimar que existen violaciones al debido proceso. En primer lugar, se presenta un caso en donde analizan los efectos de una detención ilegal. **“FLAGRANCIA.**

LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DE LA VIOLACIÓN AL DERECHO HUMANO A LA LIBERTAD PERSONAL SON LA INVALIDEZ DE LA DETENCIÓN DE LA PERSONA Y DE LOS DATOS DE PRUEBA OBTENIDOS DIRECTA E INMEDIATAMENTE EN AQUELLA. *La limitación al derecho humano de libertad personal es de carácter excepcionalísimo y su escrutinio del más estricto rigor; por ello, cuando se aduzca flagrancia, debe acreditarse que hubo elementos objetivos y razonables para justificar válidamente la afectación a la libertad y seguridad personal. Ello es así, en principio, porque toda persona tiene, no sólo la legítima expectativa, sino el derecho a no ser molestada por la autoridad, salvo por causas justificadas. Por su parte, la autoridad tiene la posibilidad de hacer indagaciones bajo el marco jurídico y conforme a las atribuciones que legalmente justifiquen su proceder. Sin embargo, no puede justificarse constitucionalmente que bajo pretexto de cumplirse con cuestiones de aducida legalidad, se actúe de manera arbitraria, lo cual debe ponderarse bajo un estándar de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida empleada. De ahí que si la detención de una persona, por aducida flagrancia, no se da bajo el respeto irrestricto del sistema constitucional y convencional, es decir, a partir del estricto cumplimiento de los requisitos y garantías establecidos de forma mínima a favor de la persona que sufrió la detención, ésta será considerada como arbitraria, al estar prohibida tanto a nivel nacional como internacional. Las consecuencias y **efectos de la vulneración a lo anterior son la invalidez legal de la propia detención, así como de los datos de prueba obtenidos de forma directa e inmediata con motivo de la misma**; esto conforme además a los principios de debido proceso y obtención de prueba lícita.”* Aislada (Constitucional, Penal). 1a. CCI/2014 (10a.) sustentada por la Primera Sala, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I, Pág. 545.

A propósito de la **prueba ilícita**, la Corte Colombiana ha establecido lo siguiente: “...*la doctrina constitucional en relación con la “regla de exclusión en materia probatoria” ha establecido que (i) No toda irregularidad en el decreto,*

práctica y valoración probatoria, implica automáticamente afectación del debido proceso: (ii) La existencia de una prueba con violación del debido proceso, no conlleva la nulidad de todo el proceso judicial, sino que la consecuencia procesal es limitada, en tanto la prueba deberá ser excluida, y (iii) En caso de que la prueba ilícita que reposa en el proceso sea determinante para la decisión del Juez, no queda más remedio que declarar la nulidad de todo el proceso.” La elaboración del tribunal colombiano parte por identificar el tipo de irregularidad generada con motivo de la obtención del material probatorio. De esta manera, identifica problemas de estricta legalidad y problemas que implican violaciones al debido proceso. En este último caso, identifica dos tipos de función de las consecuencias, en un primer caso, opera la exclusión de la prueba, en un segundo caso, el resultado es la nulidad de todo el proceso.

La jurisprudencia mexicana también reconoce que la **regla de exclusión de prueba** se deba del derecho al debido proceso. “*PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A U DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.*”

d) Formulación de Alegatos

La formulación de alegatos es identificada como un elemento clave dentro del derecho a la defensa. Una decisión brasileña citada con motivo del derecho a un defensor, señala que cuando el defensor omite presentar alegatos y el tribunal es omiso en designar un defensor público para que supla dicha deficiencia, se actualiza una violación al debido proceso. Y en otra decisión del Supremo Tribunal Federal de Brasil establece que los alegatos únicamente pueden ocurrir una vez que se haya concluido la instrucción.

En un caso Colombiano, el problema consiste en determinar si una omisión de la fiscalía en la mención de los delitos que fueron instruidos para efectos de la formulación de alegatos es susceptible de nulidad.

2.5 LA DEFENSA ADECUADA.

El derecho de **defensa adecuada** forma parte del debido proceso. En función de esta determinación podemos hablar de un derecho de defensa adecuada en sentido amplio (aplicable a todas las materias y no solo a la penal) y derecho a la defensa adecuada en sentido estricto (que es la concepción tradicional vinculada a los procesos de carácter penal).²²

De este modo, el derecho a la defensa adecuada (**en sentido amplio**) permanece vigente en todo tipo de procesos. Tal y como se puede advertir en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta ha reconocido que, si bien dicho artículo no ha especificado garantías mínimas en lo relativo a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o cualquier otro carácter. “el elenco de garantías mínimas” establecido en el artículo 8.2 de dicho ordenamiento internacional (que se encuentran vinculadas a las personas que han sido inculpadas de la comisión de algún delito) “se aplica también a esos órdenes”, por lo que en todas las materias antes referidas, debe asegurarse el debido proceso, que en principio se reconoce en materia penal.

De dicha manera, esta determinación abre la puerta para hablar de una concepción amplia del derecho a la defensa adecuada, que va más allá de la formulación que tradicionalmente se ha reconocido a este derecho, y que

²² GÓMEZ LARA, Cipriano. *La teoría General del Proceso y sus conceptos generales*, en *Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho*, Puebla, Cajica, Volumen I, México 2002, p. 383.

habitualmente se restringe al ámbito del derecho penal. Sin embargo, por no ser materia de esta investigación, no se entra a su estudio de fondo.

En cuanto a la **defensa adecuada vinculada al ámbito de derecho penal**, podemos sostener que una persona que es acusada de haber cometido algún delito tiene el derecho a contar con una defensa adecuada desde la fase de la detención y durante todo el juicio penal. Dicha defensa **constituye un elemento instrumental** a favor de las personas inculpadas, que actúa como condición para que el poder punitivo del Estado pueda establecer en contra de ellas una sanción severa (que puede incluso privarle de la libertad) en el marco de un juicio justo. Precisamente por ello, el Estado tiene la obligación de respetar, proteger, garantizar y promover el ejercicio del derecho a una defensa adecuada mediante la implementación de **elementos institucionales mínimos –formales y materiales–**, que procuren su realización efectiva, atendiendo al principio de igualdad y no discriminación entre todas las personas.

El derecho de defensa adecuada se encontraba implícitamente previsto en el artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (en su texto anterior a la reforma publicada en el diario oficial de la federación el 18 de Junio de 2008). Al señalar:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

Apartado A. Del inculpado:

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una **defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza**. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su

defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

En la actualidad se encuentra consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

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

Apartado 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 este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

Por lo que podemos apreciar que el constituyente limitó el ejercicio de defensa adecuada, eliminando la posibilidad que la misma sea llevada a cabo **por el propio imputado, por abogado, o por persona de su confianza**. Esto tiene un sentido lógico desde la perspectiva del control de convencionalidad constitucional, al acuñar la defensa adecuada como un derecho humano que solo puede ser ejercida por un abogado perito en derecho.

Sin embargo, la Jurisprudencia (Constitucional, Penal) Tesis: 1a./J. 26/2015 (10a.) sustentada por la Primera Sala, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, Pág. 240, de rubro: **“DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO**

HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO.” Refiere el derecho humano de defensa adecuada de una manera mucho más específica al relacionar de manera armónica los conceptos siguientes:

I) El parámetro de control de convencionalidad constitucional, que emana de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011;

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”

II) De la interpretación armónica pro persona del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en relación con los diversos 8, numeral 2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 3, inciso d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;

“**Artículo 20.** En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una **defensa adecuada**, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,”

“8. Garantías Judiciales

Numeral 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:

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 defendiese por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.”

“**Artículo 14.** Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de...

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

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 los medios suficientes para pagarlo.”

III) El criterio contenido en la Tesis Aislada (Constitucional) P. XII/2014 (10a.) sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Pág. 413. “**DEFENSA ADECUADA DEL INCULPADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS.** De la interpretación

armónica y pro persona del artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en relación con los diversos 8, numeral 2, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, numeral 3, inciso d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se concluye que la defensa adecuada dentro de un proceso penal **se garantiza** cuando la proporciona una **persona con conocimientos técnicos en derecho**, máxime que de la normativa internacional citada no deriva la posibilidad de que sea efectuada por un tercero que no sea perito en dicha materia y, por el contrario, permite inferir que la defensa que el Estado deba garantizar será lo más adecuada y efectiva posible, lo cual implica un **elemento formal**, consistente en que el defensor acredite ser perito en derecho, y **uno material**, relativo a que, además de dicha acreditación, actúe diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados, lo que significa, inclusive, que la defensa proporcionada por **persona de confianza** debe cumplir con estas especificaciones para garantizar que el procesado pueda defenderse adecuadamente. Lo anterior, sin que se llegue al extremo de imponer al juzgador la carga de evaluar los métodos que el defensor emplea para lograr su cometido de representación, toda vez que escapa a la función jurisdiccional el examen sobre si éste efectivamente llevará a cabo la estrategia más afín a los intereses del inculpado, máxime que los órganos jurisdiccionales no pueden constituirse en Juez y parte para revisar la actividad o inactividad del defensor e impulsar el procedimiento, y más aún, para declarar la nulidad de lo actuado sin el debido impulso del defensor.”

IV) Y la propia doctrina de interpretación constitucional generada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por citar algunas:

a) Jurisprudencia (Constitucional) Tesis: 1a./J. 12/2012 (9a.) sustentada por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación,

Decima Época, Libro X, Julio de 2012, Tomo 1, pág. 433. **“DEFENSA ADECUADA. FORMA EN QUE EL JUEZ DE LA CAUSA GARANTIZA SU VIGENCIA.** La garantía individual de defensa adecuada contenida en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto actual) **entraña una prohibición para el Estado** consistente en no entorpecer el ejercicio del derecho de defensa del gobernado **y un deber de actuar**, en el sentido de informarle el nombre de su acusador, los datos que obren en la causa, brindarle la oportunidad de nombrar un defensor, no impedirle que se entreviste de manera previa y en privado con él y, en general, no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que le corresponden dentro del proceso penal para desvirtuar la acusación del Ministerio Público. Así, **para proteger la citada garantía es necesario que la labor de quien funja como defensor sea eficaz**, pues aquélla **no puede concebirse** como un **mero requisito formal**, sino que debe permitir una **instrumentación real** para tener oportunidades de descargo que, básicamente, permitan al imputado una efectiva participación en el proceso. Ahora bien, **el juez de la causa garantiza la posibilidad de defensa al permitir** que se den todas las condiciones necesarias para que el inculpado sea debidamente asistido, **tanto formal como materialmente**, de manera que si en los hechos no puede calificar su adecuada defensa -en razón de la forma en que se conduce el defensor respectivo-, ello no significa que el juez de la causa viole la garantía en cuestión, pues **el control de la correcta o incorrecta actitud procesal del defensor**, del debido ejercicio de las cargas procesales, **así como de su pericia jurídica, sólo podrían ser materia de responsabilidad profesional**, en términos de las leyes administrativas o penales, y según se trate de un defensor de oficio o particular. Esto es, el juez respeta la garantía de defensa adecuada: **(i)** al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y **(ii)** al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello

signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.”

b) Tesis Aislada (Constitucional) 1a. CCXXVI/2013 (10a.), sustentada por la Primera Sala, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXII, Julio de 2013, Tomo 1, Pág. 554, se ha pronunciado sobre la necesidad de que sea abogado. **“DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. ALCANCES Y MOMENTO A PARTIR DE CUAL SE ACTUALIZA ESTE DERECHO FUNDAMENTAL.** El derecho a una defensa adecuada, contenido en el artículo 20, apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008), consiste en que el inculpado tendrá derecho a una defensa, por medio de su abogado y a que éste comparezca en todos los actos del proceso, quien tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, lo que se actualiza desde que aquél es puesto a disposición del Ministerio Público; esto es, desde la etapa ministerial deberá contar con la asistencia efectiva del profesional, entendiéndose como tal, la presencia física y la ayuda efectiva del asesor legal, quien deberá velar porque el proceso se siga con apego a los principios del debido proceso, y éste no sea viciado, asegurando a la postre el dictado de una sentencia que cumpla con los requisitos, valores y principios legales y constitucionales que permean en el debido proceso penal; lo que deberá observarse en todas aquellas diligencias o actuaciones y etapas procesales en las cuales es eminentemente necesaria la presencia del inculpado, en las que activa, directa y físicamente participe o deba participar, así como en aquellas en las que de no estar presente, se cuestionarían o pondrían gravemente en duda la certeza jurídica y el debido proceso. Esto es así, porque la defensa adecuada representa un derecho instrumental cuya finalidad es asegurar que el poder punitivo del Estado se desplegará a través de un proceso justo, lo que además busca asegurar que pueda tener garantizados en su integridad sus

derechos fundamentales, como lo es no declarar, no autoincriminarse, no ser incomunicado, no sufrir tortura alguna, ni ser detenido arbitrariamente, así como ser informado de las causas de su detención, entre otras.”

Y es con todo lo anterior, que podemos colegir que la defensa que se garantiza con este derecho debe ser adecuada y lo más efectiva posible. Aspectos que podrían traducirse esencialmente en dos dimensiones, una formal y la otra de carácter sustancial. En cuanto a la **dimensión formal**, el derecho a la defensa adecuada requeriría que toda persona inculpada de la comisión de un delito cuente con asistencia letrada, es decir, que necesariamente se verifique a cargo de un profesional del derecho (**defensa técnica**). Además la **dimensión material** o sustancial del derecho a la defensa adecuada, requeriría que una vez que la o el defensor, sea este privado o proporcionado por el Estado, actúe de manera diligente a fin de proteger las garantías procesales del acusado, y así poder cerciorarse de que sus derechos no serían lesionados.

Es así como al juzgador se le atribuye, por un lado, la obligación de asegurarse que, desde la fase de la detención y durante todo el juicio penal, persistan las condiciones para llevar a cabo una defensa adecuada, y al mismo tiempo se le atribuye la obligación de no obstruir el desarrollo de una defensa efectiva.

Imponiendo al juzgado que asegure que la defensa que imparta el abogado al procesado sea de calidad. Lo cual conlleva a que el juez deba percibir, en la defensa del imputado, una posible falta de conocimientos del sistema penal acusatorio y/o falta de preparación en las destrezas de litigación oral. En dicho supuesto se encuentra facultado **apartar al abogado de la defensa** y solicitar al procesado que nombre un nuevo defensor o bien procederá a nombrarle uno público. Ello en virtud que el derecho humano de defensa adecuada no se ve colmado con la sola presencia de la figura de un

abogado a lo largo del proceso, por el contrario, la nueva voluntad del legislador radica en que **se trate de un defensor**, público o privado, **perito en derecho, capacitado en el nuevo sistema de justicia**.

Por otro lado, la jurisprudencia latinoamericana ha fijado **límites a la protección** del derecho de defensa adecuada.

Jurisprudencia brasileña RHC 106.397. Rel. Min. Ricardo Lewandowski julgamento em 15-2-2011.Primeira Turma. DJE de 5-4-2011. Brasil. Supremo Tribunal Federal (S/F). En la que se establece en forma implícita que una defensa adecuada no implica necesariamente la absolución del procesado.

En otro criterio de corte cualitativo sobre el derecho a un defensor, la misma corte Brasileña mediante jurisprudencia HC 98.256. Rel. Min. Carmen Lucia, Julgamento em 3-11-2009, Primera Turma DJE de 11-12-2009, Brasil. Supremo Tribunal Federal (S/F). Establece que dicho derecho tampoco se viola si el abogado a pesar de haber sido citado al proceso, no contesta los agravios que se presentaron.

Los dos criterios anteriores parecen rechazar la posibilidad de realizar un escrutinio sobre el desempeño de la defensa. El punto parece razonable si se toma en consideración que la función de la defensa estuvo a cargo de un profesional. Sin embargo, en algunos casos parece necesario revisar si el profesional efectivamente cumplió con su labor.

En otra resolución HC 92.680. Rel. Min. Cezar Peluso, Julgamento em 11-3-2008, Segunda Turma. DJE de 25-4-2008, No mesmo sentido HC 95.661. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Brasil. Supremo Tribunal Federal (S/F). Se estima que la **omisión en la presentación de alegatos al cierre de la instrucción** y la omisión de designar un defensor público que lo haga ante la ausencia de defensor particular producen la nulidad del fallo.

La siguiente opinión marca la necesidad de que el derecho a un defensor no se agota con la presencia de un abogado, sino que es necesario que exista una **labor activa de la defensa** en beneficio del indiciado. “CONSTITUCION NACIONAL: Derechos y garantías. Defensa en juicio, principios generales. Ref. Equidad justicia. Defensor. Defensor oficial. Debido proceso. Juicio criminal. Es de equidad y aun de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes por parte del acusado o del descuido de su defensor ya que no basta para cumplir con las exigencias básicas de debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal si no que es menester a de más que aquel reciba una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor”

La Corte Mexicana mediante Tesis Aislada (Constitucional, Penal), II.3o.P.1 P (10a.), sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado En Materia Penal Del Segundo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXIV, Septiembre de 2013, Tomo 3, Pág. 2525 “DEFENSA ADECUADA. CASO EN QUE EN EL PROCESO PENAL, EL PATROCINIO DE UN DEFENSOR A DOS O MÁS INCULPADOS CON INTERESES EN CONFLICTO, ACTUALICE UNA VIOLACIÓN A ESE DERECHO FUNDAMENTAL.” plantea un problema en relación a la **incapacidad de un abogado para representar a dos procesados en un mismo proceso**. Aquí la cuestión es más clara. Se trata de un caso en donde las estrategias de uno y otro defendido pueden entrar en conflicto. La decisión reconoce esta posibilidad y señala que en esas condiciones no se cumple con el derecho a una defensa adecuada.

La jurisprudencia Costarricense aborda el tema de la **relación cliente defensor**, se analiza que ocurre cuando existen **discrepancias entre ellos**. “La simple discrepancia del recurrente con su defensor no es motivo para estimar que se ha violado el debido proceso y el derecho de defensa, pues es precisamente a su defensor, profesional en derecho, al que corresponde

determinar la posibilidad y oportunidad de presentar una incidencia y, de cualquier modo, el interesado tiene la posibilidad de nombrar a otro abogado defensor.” Sentencia 568-95. Costa Rica.

2.5.1 Capacidad Técnica del defensor o Defensa Técnica.

En efecto, el **debido proceso** no únicamente contempla que el individuo que se investiga cuente con una defensa, sino que amplía la cualidad de la mencionada tutela jurídica al considerar que la defensa con la que cuente el acusado en un proceso penal debe tener los atributos de ser **adecuada y técnica** para ser considerada parte integrante del debido proceso.

De acuerdo a lo anterior, la **defensa adecuada** a que hace referencia la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posterior a las reformas de 2008, no solo está relacionada con la presencia física del defensor, ante toda actuación del representante social, sino que está debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la **ayuda adecuada y efectiva** del asesor legal.²³

Es por ello que la suprema corte de justicia de la nación mexicana ha establecido que el derecho a la defensa adecuada del inculcado en un proceso penal se garantiza cuando la proporciona una persona con **conocimientos técnicos** en derecho, suficientes para actuar diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados; lo que implica un **elemento formal**, consistente en que el defensor acredite ser perito en derecho, y **uno material**, relativo a que, además de dicha acreditación, actúe diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados.

²³ Vid. BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *et al.*, *op. cit.* p. 116

Ahora bien, entrando a un estudio de fondo del **elemento formal** podemos colegir que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante Tesis Aislada (Constitucional) P. XII/2014 (10a.) publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Pág. 413. **“DEFENSA ADECUADA DEL INculpADO EN UN PROCESO PENAL. SE GARANTIZA CUANDO LA PROPORCIONA UNA PERSONA CON CONOCIMIENTOS TÉCNICOS EN DERECHO, SUFICIENTES PARA ACTUAR DILIGENTEMENTE CON EL FIN DE PROTEGER LAS GARANTÍAS PROCESALES DEL ACUSADO Y EVITAR QUE SUS DERECHOS SE VEAN LESIONADOS.”**, ha sostenido que dicho elemento consiste en que el defensor acredite ser perito en derecho; es decir, dicho elemento se satisface con la exhibición de documento idóneo, ante autoridad competente, que acredite ser perito en derecho, sin embargo, podemos apreciar que el Pleno es notoriamente cauteloso, al soslayar circunscribirse en la forma de acreditar la pericia en derecho, pues como sabemos, en la nación mexicana, el órgano facultado para regular el ejercicio profesional es la Dirección General de Profesiones, luego entonces, de la lectura de la ley y reglamento de esta última, podemos apreciar que existen diversas formas de acreditar dicha pericia en derecho, a saber: **i)** la autorización Provisional para ejercer con carácter de pasante la profesión; **ii)** la autorización para ejercer la profesión por encontrarse el Título en trámite; y **iii)** la expedición de Cédula Profesional o patente para ejercer la profesión.

En conclusión, la pericia en derecho debe ser acreditada, sin excepción con alguno de los documentos que expide la Dirección General de Profesiones.

Por otro lado, entrando al estudio de fondo del elemento **material**, relativo a que, además de que el defensor este obligado a acreditar su profesión, el mismo también está obligado a actuar diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se

vean lesionados. Es por ello que a dicho actuar diligente se le conoce como **capacidad técnica**.

La **defensa técnica** es aquella ejercida o proporcionada por un defensor con conocimientos jurídicos que no pueden tener aquellos que no son abogados especialistas en derecho penal, ya que dicha materia penal requiere de una técnica especial que requiere de mucha precisión. Profesional que goza de una presunción ontológica en cuanto a su idoneidad cuando es designado directa y voluntariamente por el inculpado, en un nombramiento "*intuitu personae*".

La **defensa técnica** se cumple asistiendo al inculpado. Pero tampoco puede decirse que el derecho de defensa se materializa por el simple hecho de estar asistido por un abogado defensor, pues si bien, ello formalmente es cierto, se requiere además que dicho defensor muestre técnicamente, en sus intervenciones, idoneidad para ejercer ese cargo, es decir, la efectiva materialización del derecho de defensa, o **defensa técnica real**, por la puesta en práctica de sus conocimientos en la materia.

La **defensa técnica** es entonces, la ejercida por un profesional del derecho idóneo y su ausencia genera de manera necesaria la inexistencia o nulidad de lo actuado.

Lo que sigue es **analizar en forma cualitativa el derecho al defensor**. Aquí los puntos a destacar son las condiciones de los defensores para ejercer su labor, la manera en la que la desempeñan y los resultados.

Una defensa técnica está representada por la labor del abogado que asiste al imputado en toda la sustanciación del proceso penal, protegiendo e integrando su representación jurídica dentro del mismo, ejerciendo oposición y solicitando dentro del proceso en representación de su defendido.

Así **para demostrar un buen desempeño en las audiencias del sistema acusatorio**, la defensa debe conocer el nuevo procedimiento penal, de Teoría del Delito, debe saber elaborar una Teoría del Caso y está obligado a saber argumentarla en forma pública y oral. Es por ello que debe de contar con los conocimientos teórico-prácticos para elaborar una Teoría del Caso y palear una estrategia de defensa así como para advertir los errores de la representación social, evidenciar las debilidades de su planteamiento y para oponerse a sus pretensiones.

Sin embargo, puede decirse que **la idoneidad** de un abogado al ejercer el cargo de defensor de un inculpado, **no está dada por la cantidad de peticiones o intervenciones realizadas, sino por la calidad y oportunidad en que estas se realizan**. Acontece con frecuencia que algunos abogados tiene por táctica permanecer a la expectativa de cómo el funcionario adelanta el proceso para posteriormente, en la oportunidad considera ideal para ellos, efectuar sus peticiones o exponer sus jurídicas argumentaciones. Suponiendo naturalmente lo anterior, que la actuación del defensor no solo debe ser diligente, sino eficaz, lo cual solo puede ser el resultado de su formación profesional, ya que de ella depende su habilidad para utilizar con propiedad los medios e instrumentos jurídicos en el estudio procesal respectivo, en la búsqueda de la decisión ajustada a derecho y a la justicia que favorezca los intereses de su representado.

En efecto, los sistemas de enjuiciamiento de corte acusatorio, **garantizan la calidad de la defensa** al mismo tiempo que aseguran que la persona imputada realmente ejerza, en forma plena, los derechos que consagra la Constitución, los tratados internacionales y las leyes, por esta razón, la defensa técnica está confiada a un abogado que asiste y asesora jurídicamente al imputado y lo representa en todos los actos procesales no personales.

Si la defensa que recibe un procesado es de **baja calidad**, existe la probabilidad de que quede en una situación de desventaja frente a los elementos que pueda aportar la parte acusadora ante el juez. Es por ello que una buena defensa penal, supone la preparación técnico-jurídica del defensor.²⁴

En consecuencia, **si la defensa se ejerce se manera impropia** y demostrando desconocimiento del procedimiento o de sus obligaciones como defensor, el juez encargado de garantizar una adecuada defensa estimará las violaciones en que ha incurrido, pudiendo prescindirle la presencia de un defensor y nombrar a otro que se ocupe de su cargo.

Lo anterior, **sin que se llegue al extremo** de imponer al juzgador la **carga de evaluar los métodos que el defensor emplea** para lograr su cometido de representación, toda vez que escapa a la función jurisdiccional el examen sobre si éste efectivamente llevará a cabo la estrategia más afín a los intereses del inculgado.

Por su lado, la Jurisprudencia (Constitucional, Penal) Tesis: 1a./J. 26/2015 (10a.) sustentada por la Primera Sala, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, Pág. 240 y rubro: **“DEFENSA ADECUADA EN MATERIA PENAL. LA FORMA DE GARANTIZAR EL EJERCICIO EFICAZ DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZA CUANDO EL IMPUTADO, EN TODAS LAS ETAPAS PROCEDIMENTALES EN LAS QUE INTERVIENE, CUENTA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DE UN DEFENSOR QUE ES PROFESIONISTA EN DERECHO.”** ha determinado que para establecer que **el ejercicio eficaz** y forma de garantizar el derecho humano de defensa adecuada en materia penal implica que el imputado (lato sensu), a fin de garantizar que cuente con una **defensa técnica adecuada**, debe ser asistido jurídicamente, en todas las

²⁴ *Íbidem*. BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *et. al.*, p. 114.

etapas procedimentales en las que intervenga, por un **defensor que tenga el carácter de profesional** en derecho (abogado particular o defensor público); incluso, de ser posible, desde el momento en que acontezca su detención. **La exigencia de una defensa técnica** encuentra justificación al requerirse de una persona que tenga la **capacidad técnica** para **asesorar y apreciar lo que jurídicamente es conveniente para el imputado**, a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal que le permita estar posibilidad de hacer frente a la imputación formulada en su contra. Lo cual no se satisface si la asistencia es proporcionada por cualquier otra persona que no reúna la citada característica, a pesar de ser de la confianza del referido imputado.

La Corte Suprema de Justicia del Estado en **Colombia**, ha expuesto “Tal garantía no se circunscribe a la tarea cuantitativa del representante judicial del acriminado. Todo depende de cada caso en particular, es decir, de las contingencias a que se vea sometido el proceso, de la intervención de las otras partes, de las tácticas propias del acusado y su defensor, de la riqueza o penuria de la verdad recaudada y de la actividad que cumplan los jueces en la investigación y enjuiciamiento correspondientes... en lo referente a su ejercicio, varias veces la sala ha expresado que no es la actividad constante de un apoderado lo que demuestra la eficacia de su labor. Pasividad nacida de la cautela o la sagacidad, buscando el momento propicio para un ataque demoledor, puede conllevar tan buena fortuna como la tenacidad constante de quien prefiere convertir, de manera razonable, los escollos que van encontrando a su paso. “El estilo es el hombre”, se ha dicho desde tiempos añejos y por ello la defensa técnica asume la personalidad de su titular.”

Sobre la **calidad profesional** de quien ejerce la defensa técnica, la Corte Suprema de Justicia del Estado en **Colombia**, ha dicho “Esto significa, que dichas funciones de defensa del sindicato en las etapas de investigación y juzgamiento no pueden ser adelantadas por una persona que no se encuentre científica y técnicamente habilitada como profesional del derecho, so pena de

la configuración de una situación de anulabilidad de lo actuado en el estrado judicial, por razones constitucionales, o de inconstitucionalidad de la disposición legal o reglamentaria que lo permita. Además, dicha defensa técnica comprende la absoluta confianza del defendido o la presunción legal de la misma confianza en el caso del reo ausente; en ese sentido, es claro que el legislador, debe asegurar que las labores del defensor sean técnicamente independientes y absolutamente basadas en la idoneidad profesional y personal del defensor. En verdad lo que quiere el constituyente no es que se asegure que cualquier persona asista al sindicato en las mencionadas etapas procesales señaladas en el artículo 29; en este sentido sería absurdo que en la Carta se hiciera mención a la figura del profesional específicamente habilitado como abogado para adelantar las delicadas funciones de la defensa, para permitir que el legislador por su cuenta habilite a cualquier persona, o a otro tipo de profesionales, para adelantar las labores de la defensa, si estos no acreditan la mencionada formación.

De todo lo anterior podemos colegir:

1) El **debido proceso** no únicamente contempla que el individuo que se investiga cuente con una defensa, sino que amplía la cualidad de la mencionada tutela jurídica al considerar que la defensa, con la que cuente el acusado en un proceso penal, debe tener los atributos de ser **adecuada y técnica** para ser considerada parte integrante del debido proceso.

2) Que la defensa adecuada dentro de un proceso penal se garantiza cuando la proporciona una **persona con conocimientos técnicos en derecho**.

3) Que para establecer el ejercicio eficaz y forma de garantizar el derecho humano de defensa adecuada en materia penal implica que el imputado, debe ser asistido jurídicamente, en todas las etapas procedimentales

en las que intervenga, por un **defensor que tenga el carácter de profesional en derecho**.

4) Que **la exigencia de una defensa técnica** encuentra justificación al requerirse de una persona que tenga la capacidad técnica para asesorar y apreciar lo que jurídicamente es conveniente para el imputado, a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal que le permita estar posibilidad de hacer frente a la imputación formulada en su contra.

5) Por otro lado, también señala que lo anterior no debe llegar al extremo de imponer al juzgador la carga de evaluar los métodos que el defensor emplea para lograr su cometido de representación, toda vez que escapa a la función jurisdiccional el examen sobre si éste efectivamente llevará a cabo la estrategia más afín a los intereses del inculcado, máxime que los órganos jurisdiccionales no pueden constituirse en Juez y parte para revisar la actividad o inactividad del defensor e impulsar el procedimiento, y más aún, para declarar la nulidad de lo actuado sin el debido impulso del defensor.

Por su parte el Código Nacional de Procedimientos Penales, mediante su artículo 121 señala:

Artículo 121. Garantía de la Defensa técnica

Siempre que el Órgano jurisdiccional advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del Defensor, prevendrá al imputado para que designe otro.

2.6 EL EJERCICIO PROFESIONAL EN MÉXICO.

En México, el ejercicio profesional se encuentra sujeto a las leyes de profesiones que expiden los estados. La regulación de dicho ejercicio es laxo,

tanto a lo que se refiere a los estudios jurídicos obligatorios como a los mecanismos de ingreso, supervisión y control del ejercicio profesional. Así, en nuestro País la obtención de un título profesional universitario habilita por sí mismo para obtención de la llamada cédula profesional.²⁵

Los Estados de la República que cuentan con una Ley que regule el ejercicio profesional son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. Cabe destacar que el Estado de Puebla carecía a marzo de 2013 de Ley de Profesiones propia.

En el caso del Estado de México, no cuenta con una ley de profesiones como tal, si bien el Libro Tercero, Título Tercero, Capítulo Primero del Código Administrativo del Estado de México, se refiere al ejercicio profesional *“El profesionista que pretenda ejercer su profesión en un Estado de la República deberá cumplir con la ley de profesiones estatal para asuntos de índole local y a la Ley Reglamentaria del Artículo 5º constitucional o Ley de Profesiones del Distrito Federal, en los asuntos de orden federal.”*

El artículo 121 de la Constitución establece por su parte que en cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros, teniendo presente que las leyes de un Estado solo tendrán efecto en su propio territorio y por consiguiente no podrán ser obligatorias fuera de él, si bien, conforme a la fracción V los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros Estados.

²⁵ FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *op.cit.*, p. 5.

La **expedición de una autorización para ejercer una profesión**, expedida por una autoridad estatal, es un acto público al que se le otorga plena fe en cada Estado. Debe tenerse en cuenta que en las disposiciones que se aplican al ejercicio profesional son actos administrativos distintos, la expedición, la autorización y el registro de un título.

Se deja como ya lo señalamos, a los Estados determinar mediante ley, cuales son las profesiones que necesitan título profesional para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. Se sostiene que las leyes encargadas de reglamentar el artículo 5º y las legislaciones estatales en la materia no podrán establecer mayores limitaciones al ejercicio profesional que las señaladas en el texto constitucional.²⁶

Sin embargo, para lograr comprender como se encuentra estructurado el ejercicio profesional en México, es menester remitirnos a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública, la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y el Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal. Ordenamientos legales donde podemos encontrar, definiciones, autoridades facultadas para permitir el ejercicio, requisitos, autorizaciones, sanciones y demás características que el ejercicio profesional envuelve.

El artículo 26 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala: *“Para el despacho de los asuntos del orden administrativo, el Poder Ejecutivo de la Unión contará con las siguientes dependencias: ... **Secretaría de Educación Pública,**...”*

²⁶ CRUZ BARNEY, Óscar, *op. cit.*, pp. 21, - 24.

El artículo 38, fracciones XV y XVI, señala: “A la a la Secretaría de Educación Pública corresponde el despacho de los siguientes asuntos: ... XV.- Revalidar estudios y títulos, y conceder autorización para el ejercicio de las capacidades que acrediten; XVI.- Vigilar, con auxilio de las asociaciones de profesionistas, el correcto ejercicio de las profesiones.”

Por su parte el ARTÍCULO 1. Del Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública señala: “La **Secretaría de Educación Pública** es una dependencia del Poder Ejecutivo Federal que tiene a su cargo el ejercicio de las atribuciones que le confieren la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley General de Educación, la Ley General del Servicio Profesional Docente, la Ley del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación y demás leyes, así como los reglamentos, decretos, acuerdos y disposiciones que emita el Presidente de la República.”

El artículo 2, apartado A, fracción XVII, del mismo ordenamiento legal, “Al frente de la **Secretaría de Educación Pública** estará el Secretario del Despacho, quien para el desahogo de los asuntos de su competencia se auxiliará de las unidades administrativas y órganos desconcentrados siguientes: A. Unidades administrativas:... XVII. **Dirección General de Profesiones**;...”

El artículo 22 del mismo ordenamiento legal señala: “Corresponde a la **Dirección General de Profesiones** el ejercicio de las siguientes atribuciones:... I. Vigilar el ejercicio profesional, en términos de la Ley Reglamentaria del artículo 5 Constitucional relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal;... IV. Registrar los títulos profesionales y grados académicos, así como expedir cédulas profesionales con efectos de patente.; V. Expedir autorizaciones para el ejercicio temporal de su profesión a los profesionales cuyo título se encuentre en trámite; VI. Expedir autorización a los **pasantes** de las diversas ramas **para ejercer profesionalmente**;...”

Por su parte el artículo 4º de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal señala “El Ejecutivo Federal, previo dictamen de la Dirección General de Profesiones, que lo emitirá por conducto de la Secretaría de Educación Pública y oyendo el parecer de los Colegios de Profesionistas y de las comisiones técnicas que se organicen para cada profesión, expedirá los reglamentos que delimiten los campos de acción de cada profesión, Así como el de las ramas correspondientes, y los límites para el ejercicio de las mismas profesiones.”

El artículo 21. “Dependiente de la Secretaría de Educación Pública se establecerá una dirección que se denominará: Dirección General de Profesiones, que se encargará de la vigilancia del ejercicio profesional y será el órgano de conexión entre el Estado y los colegios de profesionistas.”

El artículo 22. “La Dirección anterior formará comisiones técnicas relativas a cada una de las profesiones, que se encargarán de estudiar y dictaminar sobre los asuntos de su competencia. Cada Comisión estará integrada por un representante de la Secretaría de Educación Pública, otro de la Universidad Autónoma de México o del Instituto Politécnico Nacional en sus ramas profesionales respectivas y otro del Colegio de Profesionistas. Cuando en ambas instituciones educativas se estudie una misma profesión, cada una de ellas designará un representante.”

El artículo 23: “Son facultades y obligaciones de la Dirección General de Profesiones:... IV.- Expedir al interesado la cédula personal correspondiente, con efectos de patente para el ejercicio profesional y para su identidad en todas sus actividades profesionales; VII.- Cancelar el registro de los títulos de los profesionistas condenados judicialmente a inhabilitación en el ejercicio y publicar profusamente dicha cancelación;... XV.- Las demás que le fijen las leyes y reglamentos.”

El artículo 24. “**Se entiende por ejercicio profesional**, para los efectos de esta Ley, la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión, aunque sólo se trate de simple consulta o la ostentación del carácter del profesionista por medio de tarjetas, anuncios, placas, insignias o de cualquier otro modo. No se reputará ejercicio profesional cualquier acto realizado en los casos graves con propósito de auxilio inmediato.”

El artículo 25 nos señala los **requisitos para ejercer una profesión**. “Para ejercer en el Distrito Federal cualquiera de las profesiones a que se refieren los Artículos 2o. y 3o., se requiere: I.- Estar en pleno goce y ejercicio de los derechos civiles. II.- Poseer título legalmente expedido y debidamente registrado, y III.- Obtener de la Dirección General de Profesiones patente de ejercicio.”.

El artículo 26 señala: “Las autoridades judiciales y las que conozcan de asuntos contencioso-administrativos rechazarán la intervención en calidad de patronos o asesores técnico del o los interesados, de persona, que no tenga título profesional registrado. El mandato para asunto judicial o contencioso-administrativos determinado, sólo podrá ser otorgado en favor de profesionistas con título debidamente registrado en los términos de esta Ley. Se exceptúan los casos de los gestores en asuntos obreros, agrarios y cooperativos y el caso de amparos en materia penal a que se refieren los artículo 27 y 28 de esta Ley.”

El artículo 28 señala: “**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 hiciere uso de este derecho, se le nombrará el defensor de oficio.”

El artículo 29, por otro lado, impone **sanciones** a quien actúen como profesionistas sin serlo: *“Las personas que sin tener título profesional legalmente expedido actúen habitualmente como profesionistas, incurrirán en las sanciones que establece esta Ley, exceptuándose, a los gestores a que se refiere el artículo 26 de esta Ley.”*

Sin embargo el artículo 30 nos habla de la **excepción a la regla general** al señalar: *“La Dirección General de Profesiones podrá extender autorización a los pasantes de las diversas profesiones para ejercer la práctica respectiva por un término no mayor de tres años. Para los efectos de lo anterior, se demostrará el carácter de estudiantes, la conducta y la capacidad de los mismos, con los informes de la facultad o escuela correspondiente. En cada caso darán aviso a la Secretaría de Educación Pública y extenderán al interesado una credencial en que se precise el tiempo en que gozará de tal autorización. Al concluir dicho término quedará automáticamente anulada esta credencial. En casos especiales podrá el interesado obtener permiso del Secretario de Educación Pública para prorrogar la autorización, por el tiempo que fije dicho funcionario.”*

Robusteciendo lo anterior, el artículo 51 del Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, señala: *“Se entiende por pasante al estudiante que ha concluido el primer año de la carrera en la de dos años, el segundo en las de tres y cuatro años, y el tercero en las de mayor duración.”*

El artículo 52. *“La práctica profesional de los pasantes se autorizará por la Dirección General de Profesiones cuando se satisfagan los **requisitos siguientes**: a) Ser alumno actual de un plantel profesional; b) Haber concluido el primer año de la carrera en las de dos años, el segundo en las de tres y cuatro años y el tercero en las de mayor duración; c) Ser de buena conducta; d) No tener más de un año de concluido los estudios; e) Poseer la competencia”*

necesaria siendo presunción contraria a ella el tener un promedio inferior a 7; y
f) Someterse al consejo y dirección de un profesionista con título requisitado conforme a la ley.”

El artículo 53. “Solamente el Secretario de Educación Pública podrá en casos excepcionales, prorrogar el plazo a que se refiere el artículo 30 de la ley, por una sola vez, previo dictamen favorable de la Dirección General de Profesiones, hasta por dos años más.”

En conclusión, la Secretaría de Educación Pública es la dependencia del Ejecutivo federal encargada de Revalidar estudios, expedir títulos, conceder autorización para el ejercicio provisional de las profesiones, vigilar el correcto ejercicio de las profesiones, entre otros, encargo específico que lleva a cabo a través de la unidad administrativa denominada Dirección General de Profesiones, donde a esta última se le faculta para: Vigilar el ejercicio profesional; Registrar los títulos profesionales y grados académicos; expedir cédulas profesionales con efectos de patente; Expedir autorizaciones para el ejercicio temporal de su profesión a los profesionales cuyo título se encuentre en trámite; **Expedir autorización** a los **pasantes** de las diversas ramas para ejercer profesionalmente; cancelar el registro de los títulos de los profesionistas condenados judicialmente a inhabilitación en el ejercicio y publicar profusamente dicha cancelación; formar comisiones técnicas relativas a cada una de las profesiones, que se encargarán de estudiar y dictaminar sobre los asuntos de su competencia; emitir dictamen para que el Ejecutivo Federal expida reglamentos que delimiten los campos de acción de cada profesión, así como el de las ramas correspondientes, y los límites para el ejercicio de las mismas profesiones; entre otras que no aportan a esta investigación;

Luego entonces, podemos colegir que, **como regla general**, la Secretaria de Educación Pública a través de la Dirección General de Profesiones es la encargada de registrar títulos profesionales y grados

académicos, expedir cédulas profesionales con efectos de patente para el ejercicio de la profesión, y cancelar el registro de aquellos que hayan sido condenados judicialmente a inhabilitación en el ejercicio, sin embargo, **como excepción a dicha regla general**, podemos observar que el legislador federal considero que la Secretaria de Educación Pública a través de la Dirección General de Profesiones, tiene también facultad para extender autorización provisional a aquellos que se encuentren en los supuestos siguientes: **1.-** A aquellos cuyo título se encuentre en trámite, y **2.-** A los pasantes de las diversas profesiones para ejercer la práctica respectiva de su profesión por un término no mayor de tres años, siempre que se satisfagan los requisitos siguientes: a) Ser alumno actual de un plantel profesional; b) Haber concluido el primer año de la carrera en las de dos años, el segundo en las de tres y cuatro años y el tercero en las de mayor duración; c) Ser de buena conducta; d) No tener más de un año de concluido los estudios; e) Poseer la competencia necesaria siendo presunción contraria a ella el tener un promedio inferior a 7; y f) Someterse al consejo y dirección de un profesionista con título requisitado conforme a la ley.

Luego entonces podemos adelantar que el derecho humano al **Libre Ejercicio de la Profesión Lícita** circunscribe a las personas que cuentan con autorización temporal para ejercer la profesión, además de aquella que cuentan con cédula profesional con efectos de patente. En virtud que la dependencia federal -Secretaria de Educación Pública-, a través de la Unidad Administrativa correspondiente, -Dirección General de Profesiones-, es la única que se encuentra facultada para vigilar el ejercicio profesional, expedir cédula profesional con efectos de patente, autorización temporal correspondiente, y cancelar el registro de aquellos que se encuentren condenados judicialmente a inhabilitación en el ejercicio de la profesión. Y en ese orden de ideas, es menester adentrarnos en el estudio y definición de cédula profesional y autorización provisional para ejercer la profesión.

2.6.1 Profesión.

Entendemos por profesión. La posesión de conocimientos científicos, humanísticos o artísticos especializados, adquiridos por medio de un estudio formal acreditado de alguna manera y cuyo ejercicio público se hace a cambio de una remuneración.²⁷

Profesión es la actividad u oficio de los particulares en la sociedad, cuyo libre ejercicio se sujeta a normas y requisitos que la ley establece y que consisten en obtener un título que le acredite haber cursado los estudios que integran la carrera profesional de que se trate, el registro de este y la obtención de una cédula profesional que sirve como patente o la autorización para ejercer. Ahora bien, no todas las actividades son profesionales, solo las reglamentadas como tales.

El principio general, es que toda persona puede dedicarse a la actividad u ocupación que le plazca o le acomode, en tanto que dicha actividad sea lícita y posible, sin embargo, la ley marca que el Estado determinará qué actividades requieren título para su ejercicio, qué condiciones se deben llenar para obtenerlo y que autoridades habrán de expedirlo. El Estado utiliza diferentes organismos para vigilar el ejercicio profesional, en beneficio de quienes requieren los servicios profesionales y son usuarios de los mismos. La Dirección General de Profesiones reglamenta y vigila el ejercicio profesional y, dependiendo de la forma en que realice su actividad profesional, sus acciones serán reguladas por la legislación civil, las leyes laborales y por la ley penal, y que, en cualesquiera de las situaciones en que se coloque, tendrá que cuidarse de las acciones que la ley prohíbe, así como que no deba omitir los actos que por ley está obligado a realizar ya que, en caso contrario, incurrirá en faltas

²⁷ VAZQUEZ, Josefina Zoraida, Historia de la Profesiones en México, Primera Edición, México, 1982, pág. 1

administrativas o delitos que traen aparejada sanciones y molestias que puede evitarse.

El ser **profesionista** conlleva a cumplir una serie de obligaciones, las que se determinan en diversas leyes y reglamentos, en forma enunciativa, más no limitativa. La obligación es de difícil cumplimiento, de ello deriva la necesidad de educación continua y de la capacitación, pues la obligación de poner al servicio del cliente todos los conocimientos científicos y técnicos que posea, estos deben estar actualizados.

Everett Hughes definió al **profesional** como alguien que recurre al conocimiento extraordinario en asuntos de gran importancia humana. El vio la demanda de conocimiento extraordinario del profesional estrechamente relacionada con un pacto paradigmático con la sociedad. En recompensa por el acceso a su conocimiento especial, al profesional se le otorga un mandato especial para el control social en asuntos propios de su pericia, una licencia para determinar quién entrara a formar parte de su campo profesional y un grado relativamente elevado de autonomía en la reglamentación de su práctica.

Así, en estrecha relación con la propia idea de una profesión encontramos la idea de una comunidad de prácticos cuyo conocimiento especial los hace sobresalir por encima de otros individuos respecto a los que mantienen derechos y privilegios especiales.

Una **práctica profesional** es la competencia de una comunidad de prácticos que comparten, en palabras de Jonh Dewey, las tradiciones de una profesión. Comparten convenciones de acción que incluyen medios, lenguajes e instrumentos distintivos. Funcionan en el marco de instituciones de un tipo muy particular (por ejemplo: Juzgados, hospitales, instituciones educativas y empresas). Sus prácticas se estructuran en términos de formas particulares de unidades de actividad (por ejemplo: casos, visitas de pacientes o lecciones) y

son modeladas a nivel social e institucional de manera que se repiten determinados tipos de situaciones. Una práctica consta de fragmentos de actividad divisibles en clases más o menos familiares, cada una de las cuales es vista como una profesión para el ejercicio de un cierto tipo de conocimiento.

Los miembros de una profesión se diferencian entre sí, por supuesto, en sus respectivas subespecializaciones, en las particulares experiencias y perspectivas que aportan a su trabajo y en sus estilos de actuación. Pero también comparten un tronco común de conocimiento profesional explícito, más o menos organizado sistemáticamente, y lo que Geoffrey Vickers ha denominado un < sistema apreciativo > que es el conjunto de valores, preferencias y normas que les sirven para interpretar las situaciones prácticas, formular objetivos y direcciones para la acción y determinar lo que constituye una conducta profesional aceptable. De este modo no será difícil encontrar la justificación de que la actividad profesional que se ejerce en sociedad sea reglamentada a través de diversos ordenamientos jurídicos para proteger a la población sobre la que recae este ejercicio.²⁸

2.6.2 Cédula Profesional con efectos de Patente.

De los artículos 2º, 3º, 13 fracción II, 23 fracción IV, 67 último párrafo y 73 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, podemos obtener la definición de **cédula profesional**: es el documento expedido por la Secretaría de Educación Pública a través de la Dirección General de Profesiones, en favor de la persona que previamente obtuvo título profesional de la institución educativa autorizada para impartir educación profesional, y lo registró ante dicha Dirección General de Profesiones, que tiene efectos de patente y consecuentemente permite ejercer legalmente la profesión.

²⁸ Vid. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Francisco, Derecho y Ejercicio Profesional, Trillas, México 2004, pp. 7, 8, 16, 21 y 23.

Artículo 2o.- “Las leyes que regulen campos de acción relacionados con alguna rama o especialidad profesional, determinarán **cuáles son las actividades profesionales que necesitan título y cédula para su ejercicio.**”

Artículo 3o.- “Toda persona a quien legalmente se le haya expedido título profesional o grado académico equivalente, podrá **obtener cédula** de ejercicio **con efectos de patente**, previo registro de dicho título o grado.”

Artículo 13.- “El Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, podrá celebrar convenios de coordinación con los gobiernos de los estados para la unificación del registro profesional, de acuerdo con las siguientes bases:... II.- Reconocer para el ejercicio profesional en los Estados, la cédula expedida por la Secretaría de Educación Pública y, consecuentemente, reconocer para el ejercicio profesional en el Distrito Federal las cédulas expedidas por los Estados.”

Artículo 23.- “Son **facultades y obligaciones** de la **Dirección General de Profesiones**:... IV.- **Expedir** al interesado la **cédula personal** correspondiente, con efectos de patente para el ejercicio profesional y para su identidad en todas sus actividades profesionales;”

Artículo 67.- “La Dirección General de Profesiones, a solicitud y previa audiencia de parte interesada, en sus respectivos casos **cancelará las inscripciones de títulos profesionales**, instituciones educativas, colegios de profesionistas o demás actos que deban registrarse, por las causas siguientes:... La **cancelación del registro** de un **título** o **autorización** para ejercer una profesión, producirá efectos de **revocación de la cédula** o de la autorización.”

Artículo 73.- “Se concede **acción popular para denunciar** a quien, sin título o autorización legalmente expedidos, **ejerza alguna de las profesiones que requieran título y cédula para su ejercicio.**”

Es hasta aquí cuando podemos afirmar que el título profesional que expida la institución educativa autorizada para impartir educación profesional, no es el documento idóneo para ejercer la profesión, en virtud que la Secretaría de Educación Pública, a través de la Dirección General de Profesiones, es la única institución facultada para autorizar el ejercicio profesional. Y es en ese último punto donde debemos hablar de la autorización provisional para ejercer con carácter de pasante la profesión, que expide la Dirección General de Profesiones.

Título profesional es el documento expedido por instituciones del Estado o descentralizadas, y por instituciones particulares que tenga reconocimiento de validez oficial de estudios, a favor de la persona que haya concluido los estudios correspondientes o demostrar tener los conocimientos necesarios de conformidad con esta Ley y otras disposiciones aplicables.

Las condiciones que deben llenarse para obtener un título profesional son:

Artículo 8o.- “Para obtener título profesional es indispensable acreditar que se han cumplido los requisitos académicos previstos por las leyes aplicables.”

Artículo 9o.- Para que pueda registrarse un título profesional expedido por institución que no forme parte del sistema educativo nacional será necesario que la Secretaría de Educación Pública revalide, en su caso, los estudios correspondientes y que el interesado acredite haber prestado el servicio social.

2.6.3 Autorización Provisional para ejercer la profesión.

Como hemos visto, la institución encargada de regular el ejercicio profesional es la Secretaría de Educación Pública, función que realiza a través de la Dirección General de Profesiones, luego entonces, la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, el Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal en relación con el Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública, facultan a dicha Dirección General de Profesiones para extender autorización temporal para ejercer la práctica respectiva a aquellas personas que aun no cuenten con cédula profesional con efectos de patente, pero se encuentren en los supuestos siguientes:

a) Con calidad de título en trámite.

Aun cuando los ordenamientos legales, multireferidos en el presente capítulo, no establezcan términos para el registro del título profesional expedido por la institución educativa autorizada para impartir educación profesional, o para la expedición de la cédula profesional con efectos de patente; en la práctica es bien sabido que dicho término puede demorar un tiempo considerable, situación que prevé el legislador y por ello faculta a la Secretaría de Educación Pública a través de la Dirección General de Profesiones para expedir a los interesados autorización para el ejercicio temporal a los profesionales cuyo título se encuentre en trámite, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 38 fracción XV de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 22 fracción V del Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública.

Luego entonces nos encontramos ante la primera de las dos excepciones a la regla general relativa a que solo los profesionistas que cuente

con cédula profesional con efectos de patente podrán ejercer la práctica de sus respectivas profesiones. En virtud que la autorización temporal para ejercer la profesión en calidad de título en trámite, permite a dichos profesionales, que aun no obtienen cédula profesional con efectos de patente, ejercer la profesión. Con lo cual se protege el derecho humano al libre ejercicio de la profesión lícita.

b) Con calidad de pasante.

Nos encontramos ante la segunda excepción a la regla general, relativa en que solo los profesionistas que cuente con cédula profesional con efectos de patente podrán ejercer la práctica de sus respectivas profesiones; en virtud que los artículos 38 fracción XV de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; 22 fracción VI de la Reglamento Interior de la Secretaría de Educación Pública; 23 fracción XV, 30 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal; y 51, 52 y 53 del Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, facultan a la secretaria de Educación Pública, a través de las Dirección General de Profesiones, para conceder autorización para el ejercicio de las capacidades que acrediten, es decir, expedir autorización a los pasantes de las diversas ramas para ejercer profesionalmente.

Se entiende por **pasante** al estudiante que ha concluido el primer año de la carrera en la de dos, el segundo en la de tres y cuatro años, el tercero en la de mayor duración.

Los **requisitos** para obtener autorización de la Dirección General de Profesiones para la práctica profesional de los pasantes son los siguientes:

I.- Ser alumno de un plantel Profesional;

II.- Haber concluido el primer año de la carrera en la de dos, el segundo en la de tres y cuatro años, el tercero en la de mayor duración.

III.- Ser de buena conducta;

IV.- No tener más de un año concluidos los estudios;

V.- Poseer la competencia necesaria siendo presunción contraria a ella el tener un promedio inferior a 7;

VI.- Someter al consejo y dirección de un profesionista con título requisitado conforme a la Ley.

Para la autorización a los pasantes de las diversas profesiones se extenderá al interesado una **credencial** en la que se precisara el tiempo en que ha de gozar de tal autorización, la cual servirá para ejercer la práctica respectiva por un término no mayor a tres años. Credencial que al concluir dicho término o vigencia quedara automáticamente anulada. En casos especiales, podrá el interesado obtener permiso del Secretario de Educación Pública para prorrogar la autorización, por el tiempo que fije dicho funcionario.

2.6.4 Infracciones, Sanciones y Multas.

Los artículos 62, 63, 64, 65, 67, 68, de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal; 94, 96, 97, 98, 99 y 100 del Reglamento de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal; 250 del Código Penal para el Distrito Federal, nos señalan los delitos, infracciones, sanciones a los profesionistas que incumplan con las leyes relativas y las autoridades facultadas para conocer de dicha infracción.

El hecho de que una persona se atribuya el carácter de profesionista sin tener título legal o autorización, ejerza los actos propios de la profesión, ofrezca públicamente sus servicios como profesionista, sin serlo, se castigara con la

sanción que establece el artículo 250 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que señala: **“Artículo 250.** *Se sancionará con prisión de uno a seis años y multa de cien a trescientos días a quien:… II. Al que sin tener título profesional o autorización para ejercer alguna profesión reglamentada, expedidas por autoridades u organismos legalmente capacitados para ello, conforme a las disposiciones reglamentarias del artículo 5 constitucional. a). Se atribuya el carácter de profesionista. b). Realice actos propios de una actividad profesional, con excepción de lo previsto en el 3er. párrafo del artículo 26 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 4 y 5 Constitucionales. c). Ofrezca públicamente sus servicios como profesionista. d). Use un título o **autorización** para ejercer alguna actividad profesional sin tener derecho a ello. e). Con objeto de lucrar, se una a profesionistas legalmente autorizados con fines de ejercicio profesional o administre alguna asociación profesional.”*

Además, la persona que ejerza alguna profesión que requiera título para su ejercicio, sin la correspondiente cédula o autorización, no tendrá derecho a cobrar honorarios.

Se exceptúan de lo anterior a los gestores señalados en el artículo 26 de la Ley Reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, es decir, los gestores en asuntos obreros, agrarios y cooperativos y en caso del amparo en materia penal, las que se regirán por las disposiciones relativas a la Ley Federal del Trabajo, el Código Agrario, Ley de Sociedades Cooperativas y en su defecto por las disposiciones conexas del derecho común;

La Dirección General de Profesiones impondrá las multas siguientes:

De \$50.00 (Cincuenta pesos 00/100 M.N.) por primera vez y duplicándose en cada caso de reincidencia, a los profesionistas que, en casos de urgencia inaplazable, **omitan prestar sus servicios en cualquier hora y**

sitio que sean requeridos, siempre que este último no exceda de veinticinco kilómetros de distancia del domicilio del profesionista.

De \$500.00 (Quinientos pesos 00/100 M.N.) la primera vez y en los casos sucesivos se aumentara esta, sin que pueda ser mayor a \$5,000.00 (Cinco mil pesos 00/100 M.N.) a la persona que **no haya registrado título profesional** ante la Dirección General de Profesiones y desarrolle la actividad profesional cuyo ejercicio requiera título.

De \$10.00 (Diez pesos 00/100 M.N.) a \$10,000.00 (Diez mil pesos 00/100 M.N.) las **demás infracciones que la Ley no tenga señaladas pena especial**, las que se cometan al Reglamento de la Ley reglamentaria del artículo 5º Constitucional, Relativo al ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, a los reglamentos de ejercicio de cada profesión y a los que delimiten el campo de acción de cada profesión.

Además, la Dirección General de Profesiones a solicitud y previa audiencia de parte interesada, podrá **cancelar las inscripciones de títulos profesionales**, instituciones educativas, colegios de profesionistas y demás actos que deban registrarse, por las causas siguientes:

I.- Error o falsedad en los documentos inscritos;

II.- Expedición de título sin los requisitos que establece la ley;

III.- Resolución de autoridad competente;

IV.- Desaparición de la institución educativa facultada para expedir los títulos profesionales o grados académicos equivalentes; revocación de la autorización o retiro del reconocimiento oficial de estudios. Pero dicha

cancelación no afectara la validez de los títulos y grados otorgados con anterioridad;

V.- Las demás que establezcan las leyes o reglamentos.

Para lo anterior la Dirección General de Profesiones contara cuenta con la más amplia facultad para ordenar la práctica de visitas e inspecciones para constatar la autenticidad de los datos que se le hayan proporcionado.

Recibida alguna queja, en alguno de los casos en que la infracción deba ser sancionada por la Dirección General de Profesiones, o descubierta la infracción por la propia Dirección, ésta lo hará saber por **correo certificado** al profesionista o interesado para que opine sobre el particular. Y en la misma comunicación se señalara día y hora para que tenga verificativo la audiencia en la que se rindan las pruebas que tuvieren que ofrecer los infractores. Así mismo dicho infractor cuenta con cinco días después de recibida la comunicación para dar contestación que crea conveniente. El día de celebración de la audiencia el Director de Profesiones recibirá las pruebas ofrecidas y resolverá lo procedente.

Se exceptúan de las sanciones anteriores a las personas que sin tener título profesional ejerzan actividades que requieran el mismo, siempre que hayan sido autorizadas por la Dirección General de Profesiones en los casos señalados con anterioridad; las personas que ejerzan en asuntos propios; los dirigentes de los sindicatos cuando ejerzan actividades de índole profesional dentro de los términos prevenidos en la Ley Federal del Trabajo; los gestores en asuntos obreros, agrarios y cooperativos y en caso del amparo en materia penal.

2.7 LA ENSEÑANZA PROFESIONAL A TRAVÉS DE LA REFLEXIÓN EN LA ACCIÓN.

El arte profesional encierra dos tipos de competencia que los prácticos muestran algunas veces en situaciones de práctica que resultan singulares, inciertas y conflictivas. Nótese que su arte es una variante esotérica de gran poder, de aquellos tipos de competencia que todos nosotros manifestamos a diario en un sinfín de actos de reconocimiento, enjuiciamiento y ejecución práctica de nuestras habilidades. Lo que llama la atención de ambos tipos de competencia es que no dependen de nuestra capacidad para describir lo que sabemos cómo hacer o incluso para albergar conscientemente en nuestra mente el conocimiento que revela nuestra acciones.

Como observó Gilbert Ryle, “lo que distingue una actuación razonable de una irracional no es su parentesco sino su procedencia, y esto vale tanto para una actuación de tipo intelectual como para una de tipo práctico. “Inteligente” no puede definirse en términos de “intelectual”, ni “saber cómo” en términos de “saber qué”; “pensar en lo que hago” no implica “pensar qué hacer y a la vez hacerlo”. Cuando yo hago algo de manera inteligente... estoy realizando solo una cosa y no dos. Mi ejecución tiene una manera o un procedimiento especial, no unos antecedentes especiales” (1949, pág. 32). Por razones similares, Raymond M. Hainer hablaba de “saber más de lo que podemos decir” y Michel Polanyi, en *La Dimensión Tácita* (1967), acuñó el término *conocimiento tácito*.

Polanyi escribió, por ejemplo, acerca del extraordinario virtuosismo con el que reconocemos los rostros de nuestros conocidos. Señalo que, cuando reparamos en un rostro familiar en medio de una muchedumbre, nuestra experiencia de reconocimiento es inmediata. Normalmente no utilizamos, conscientemente, ningún razonamiento ni recurrimos a comparar este rostro con imágenes de otros rostros grabados en nuestra memoria. Sencillamente vemos el rostro de la persona que conocemos.

Polanyi también ha descrito nuestra común capacidad de apreciación táctil de la superficie de los metales. En palabras de Polanyi “percibimos a través de las yemas de los dedos y en dirección hacia las cualidades de la superficie del metal o de la mesa”. De manera similar, cuando usamos un palo para escudriñar un agujero en un muro de piedra, no centramos nuestra atención en las marcas que deja el palo en los dedos en la palma de nuestra mano, sino en las características del agujero (su tamaño y su forma, las superficies de la piedra que lo rodean) que percibimos a través de las impresiones tácticas. Llegar a convertirse en alguien hábil en el uso de la herramienta, significa aprender a apreciar, directamente o sin razonamiento intermedio, las cualidades de los materiales que percibimos a través de las señalizaciones tacitas de la herramienta que está en nuestras manos.

Con frecuencia, tales procesos de reconocimiento o apreciación adoptan la forma de juicios normativos. En el mismo acto que somos capaces de reconocer algo, también lo percibimos como “bueno” o “malo”. Chris Alexander (1968) ha descrito como artesanos que reconocen la desarmonía de un elemento, con el conjunto –su ejemplo más famoso es la confección de chales rústicos al estilo de los campesinos eslovacos–, sin la más mínima capacidad de describir con palabras las reglas que perciben como vulneradas. Geoffrey Vickers (1978), ha ido aún más lejos, al observar que no solo en el juicio artístico, sino en todos nuestros juicios corrientes acerca de las cualidades de las cosas, podemos reconocer y describir desviaciones de una norma mucho más claramente de lo que somos capaces de describir la propia norma.

Esta capacidad parece que tiene mucho que ver con la forma en que aprendemos nuestras destrezas. Un profesor de tenis, describe, por ejemplo, que él siempre comienza tratando de ayudar a sus alumnos a conseguir la sensación de “golpear la pelota correctamente”; una vez que reconocen esa sensación, la disfrutan y aprenden a distinguirla de las diversas sensaciones asociadas con “golpear mal la pelota”; empiezan a ser capaces de detectar y

corregir sus propios errores. Pero normalmente no pueden, y no lo necesitan, describir como es la sensación o a través de qué medios la producen.

Chester Barnard, en el apéndice a *Las Funciones del Ejecutivo* (1938/1968), escribió acerca de nuestros “procesos no lógicos”, con los que se refería a aquellos juicios, decisiones y acciones frecuentes eficientes que realizamos de un modo espontáneo, sin ser capaces de establecer las reglas o los procedimientos seguidos. De manera similar aprendemos a andar a gatas, marinar, hacer malabares o montar en bicicleta sin ser capaces de proporcionar una descripción verbal de estos actos, incluso moderadamente adecuada. En realidad, si se nos pide que digamos cómo hacemos tales cosas solemos dar respuestas incorrectas, que nos traerían problemas si fuéramos a actuar en consecuencia. Cuando, por ejemplo, se le pregunta a alguien que sabe montar en bicicleta como evitar caerse cuando la bicicleta empieza a inclinarse a la izquierda, nos diría que recupera el equilibrio girando la rueda hacia la derecha; si en realidad lo hiciera así, muy probablemente se caería; por suerte, no obstante, el conocimiento implícito en nuestras acciones es incongruente con la descripción que hacemos de ellas.

2.7.1 Conocer en la acción.

El término *conocimiento en la acción* se refiere a los tipos de conocimiento que revelamos en nuestras acciones inteligentes ya sean observables al exterior –ejecuciones físicas, como el acto de montar en bicicleta- o se trate de operaciones privadas, como es el caso de un análisis instantáneo de un balance contable. En ambos casos, el conocimiento está en la acción. Lo revelamos a través de nuestra ejecución espontánea y hábil; y paradójicamente somos incapaces de hacerlo explícito verbalmente.

No obstante algunas veces es posible, mediante la observación y la reflexión sobre nuestras acciones, realizar una descripción del conocimiento

tácito que está implícito en ellas. Nuestras descripciones son de distintas clases en función de nuestros propósitos y de los sistemas lingüísticos de descripción a nuestro alcance. Aun así, independientemente del lenguaje que utilicemos, nuestras descripciones del conocimiento en la acción son siempre *construcciones*. Son siempre intentos de poner en forma explícita y simbólica un tipo de inteligencia que comienza siendo tacita y espontánea. Nuestras descripciones son conjeturas que precisan ser puestas a prueba mediante la observación de sus originales; los cuales, al menos en algún aspecto, van a ser distorsionados. Pues el conocimiento en la acción es dinámico y los <hechos>, los <procedimientos>, las <reglas> y las <teorías> son estáticos.

El conocimiento en la acción de un profesional esta incrustado en el contexto estructurado a nivel social e institucional que comparte una comunidad de prácticos.

2.7.2 La reflexión en la acción.

Una vez que hemos aprendido como hacer algo, podemos llevar a cabo secuencias fáciles de actividad, reconocimiento, decisión y ajuste sin, como lo solemos decir, tener que <Pensar para ello>.

Podemos reflexionar sobre la acción, retomando nuestro pensamiento sobre lo que hemos hecho para descubrir como nuestro conocimiento en la acción puede haber contribuido a un resultado inesperado. Podemos hacerlo así una vez que el hecho se ha producido, ya tranquilamente, o podemos realizar una pausa en medio de la acción para hacer lo que Hannah Arendt (1971) denomina un <pararse a pensar>. En cualquier caso, nuestra reflexión carece de una conexión directa con la acción presente. De un modo alternativo, podemos reflexionar en medio de la acción sin llegar a interrumpirla. En una acción presente –un periodo de tiempo, variable según el contexto, durante el que podemos marcar todavía una diferencia con la situación que tenemos entre

manos— nuestra acción de pensar sirve para reorganizar lo que estamos haciendo mientras lo estamos haciendo. En casos como este, estamos reflexionando en la acción.

En medio de la acción podemos inventar procedimientos para resolver nuestro problema, descubrir posteriores sorpresas desagradables, y realizar inventos de corrección subsiguientes, incluyendo algunos de escasa importancia pero necesarios para llevar a delante nuestra idea. Podríamos denominar a este tipo de proceso por <ensayo y error>, si bien los ensayos no se relacionan entre sí aleatoriamente; la reflexión sobre cada ensayo y sus resultados establece el paso al siguiente ensayo.

Tal patrón de indagación se describe mejor como una secuencia de <momentos> en un proceso de reflexión en la acción:

- Para comenzar, existe aquella situación de la acción a la que traemos respuestas espontaneas y rutinarias. Tales respuestas revelan un conocimiento en la acción que puede describirse en términos de estrategias, comprensión de los fenómenos y maneras de definir una tarea o problema apropiados a la situación. El conocimiento en la acción es tácito, formulado espontáneamente sin reflexión consiente; además funciona produciendo los resultados esperados en tanto en cuanto la situación se mantenga dentro de los límites de aquello que hemos aprendido a considerar como normal.

- Las respuestas rutinarias producen una sorpresa, un resultado inesperado, agradable o desagradable, que no corresponde a las categorías de nuestro conocimiento en la acción. Inherente a toda sorpresa está el hecho de que se consigue llamar nuestra atención.

- La sorpresa conduce a una reflexión dentro de una acción presente. La reflexión, al menos en alguna medida, resulta consiente, aunque

no se produzca necesariamente por medio de palabras. Tenemos en cuenta tanto el acontecimiento inesperado como el conocimiento en la acción que preparo el terreno para ello, preguntadnos algo así como: ¿Qué es esto?, y al mismo tiempo, ¿Cómo he estado pensando sobre ello? Nuestro pensamiento se vuelve sobre el fenómeno que nos sorprende y, en simultáneo, sobre sí mismo.

- La reflexión en la acción posee una función crítica, y pone en cuestión la estructura de suposición del conocimiento en la acción. Pensamos de manera crítica sobre el pensamiento que nos atrajo a esta situación de apuro o a esta oportunidad; y durante el proceso podemos reestructurar estrategias de acción, la comprensión de los fenómenos o la manera de formular los problemas.

- La reflexión da lugar a la experimentación *in situ*. Ideamos y probamos nuevas acciones que pretenden explorar los fenómenos recién observados, verificar nuestra comprensión provisional de los mismos, o afirmar los pasos que hacemos seguido para hacer que las cosas vallan mejor. La experimentación *in situ* puede funcionar, bien en sentido de conducirse a resultados deliberados, o en el de producir sorpresas que exigen posteriores reflexiones y experimentaciones.

En la reflexión en la acción el hecho de volver a pensar sobre alguna parte de nuestro conocimiento en la acción nos lleva a la experimentación *in situ* y a pensar más allá, y esto afecta lo que hacemos, tanto en la situación inmediata como quizá también en otras que juzgaremos similares.

Aquellos que son buenos improvisadores con frecuencia se quedan sin saber que decir o dan respuestas totalmente inadecuadas cuando se les pide que digan lo que hacen. Claramente, una cosa es ser capaz de reflexionar en la acción y otra muy distinta ser capaz de reflexionar *sobre* nuestra reflexión en

la acción, de manera que produzcamos una buena descripción verbal de ella; e incluso otra cosa es ser capaz de reflexionar acerca de la descripción resultante. Pero nuestra reflexión sobre nuestra reflexión en la acción pasada puede modelar indirectamente nuestra acción futura.

2.7.3 La práctica.

Cuando aprendemos el arte de una práctica profesional, no importa cuán alejado de la vida ordinaria pueda parecernos en un principio, aprendemos nuevas formas de utilizar *tipos* de competencias que ya poseemos.

No obstante, el contexto de una práctica profesional es significativamente distinto de otros contextos; y los roles de conocer y reflexionar en la acción en la práctica profesional competente, son también diferentes.

El conocimiento *en la práctica* se ejercita en los ámbitos institucionales propios de la profesión, y se organiza en función de sus unidades características de actividad y sus formas familiares de situaciones de la práctica, y se ve impedido o facilitado por su tronco común del conocimiento profesional y por su sistema de valores.

Desde la perspectiva de la racionalidad técnica, un práctico competente se preocupa siempre por los problemas instrumentales. Trata de encontrar los medios idóneos para la obtención de determinados fines que no admiten ambigüedades. Su eficacia se mide por su éxito en encontrar, en cada caso, las acciones que producen los efectos deseados que son consecuentes con sus objetivos. Vista así, la competencia profesional consiste en la aplicación de teorías y técnicas derivadas de la investigación sistemática, preferiblemente científica, a la solución de los problemas instrumentales de la práctica.

Desde esta perspectiva podemos distinguir dos tipos de situaciones de la práctica y dos formas de conocimiento que resultan apropiadas. Existen situaciones familiares en las que el práctico puede resolver el problema mediante la acción rutinaria de acciones, reglas y procedimientos derivados del tronco de conocimiento profesional. Hay también situaciones no tan familiares donde el problema no resulta inicialmente claro y no hay un ajuste evidente entre las características de la situación y el corpus de terearas y técnicas.

Desde la perspectiva de la racionalidad técnica. El practico competente se concibe como alguien que sigue reglas para la recolección de datos, la inferencia y la comprobación de hipótesis, lo que le permite establecer claras conexiones entre las situaciones concretas y el cuerpo de conocimiento profesional en donde tales conexiones resultan inicialmente problemáticas. Tales reglas se supone que son explicables, en el caso de que no resulten ya explícitas en sí mismas.

Desde el punto de vista de la epistemología de la práctica, el arte profesional se entiende en términos de reflexión en la acción y desempeña un papel central en la descripción de la competencia profesional.

Desde este enfoque podríamos reconocer como un caso limite aquellas situaciones en las que es posible llevar a cabo una aplicación rutinaria de los procedimientos y reglas existentes a situaciones problemáticas concretas. Mas allá de esas situaciones, las reglas familiares, las teorías y las técnicas se ponen en funcionamiento en ejemplos concretos a través de la mediación de un arte que consiste en una forma limitada de reflexión en la acción. Y aun más allá de estas, podríamos reconocer casos de complejo diagnostico en los que los prácticos no solo siguen reglas de indagación sino que, algunas veces, responden también ante resultados que les sorprenden mediante el recursos de la invención de nuevas reglas sobre la marcha. Este tipo de reflexión en la

acción es central al arte con que los prácticos alguna vez clarifican situaciones de incertidumbre, singularidad y conflicto.

En casos así, el práctico experimenta una sorpresa que le lleva a replantearse su conocimiento en la acción en aspectos que van más allá de las reglas, los hechos, las teorías y las operaciones disponibles. El práctico reacciona ante lo inesperado o lo extraño reestructurando algunas de sus estrategias de acción, teorías de los fenómenos o modos de configurar el problema; e inventa experimentos sobre la marcha para poner a prueba su nueva comprensión. Se comporta más como un investigador que trata de modelar un sistema experto que como el “experto” cuyo comportamiento está modelando.

Subyace a esta particular visión de la reflexión en la acción de los prácticos una reflexión *constructivista* de la realidad con la que se enfrentan, una concepción que nos lleva a considerar al práctico como alguien que construye las situaciones de su práctica, no solo en el ejercicio del arte profesional sino también en todos los restantes modos de la competencia profesional.

La **racionalidad técnica** descansa en una concepción *objetivista* de la relación del práctico competente con la realidad que conoce.

Desde este punto de vista, los hechos son los que son y la verdad de las creencias se comprueba con toda exactitud mediante la referencia a éstos. Todos los desacuerdos significativos se pueden resolver, al menos en principio, mediante la referencia de los hechos. Y el **conocimiento profesional** descansa fundamentalmente sobre una base de hechos.

Desde el punto de vista constructivista, nuestras percepciones, apreciaciones y creencias tienen sus raíces en los mundos que nosotros

mismos configuramos y que terminamos por aceptar como la realidad. En su conjunto, los prácticos están permanentemente comprometidos con aquello que Nelson Goodman (1978) denomina la construcción del mundo. En otras palabras, los prácticos poseen una forma particular, profesional, de ver su mundo y una forma de configurar y mantener el mundo según lo ven ellos.

Cuando el práctico responde a las zonas indeterminadas de la práctica manteniendo una conversación reflexiva con los materiales de tales situaciones, rehace una parte de su mundo práctico y con ello revela el proceso, habitualmente tácito, de construcción del mundo que subyace a toda su práctica.

Cuando alguien aprende una práctica, se inicia en las tradiciones de una comunidad de prácticos y el mundo de la práctica que estos habitan. Aprende sus convenciones, limitaciones, lenguajes y sistemas de valoración, sus repertorios de ejemplos, su conocimiento sistemático y sus patrones de conocimiento en la acción.

Puede aprender la práctica de una o varias maneras. En muy contadas ocasiones puede aprender la práctica por sí mismo, de la forma en que aprendemos a cazar, a hacer trabajos de carpintería o a cometer acciones criminales. Puede convertirse en aprendiz de otros prácticos experimentados. O puede participar en un *practicum*.

La elección de la práctica por uno mismo posee la ventaja de la libertad: la libertad de experimentar sin la coacción de las concepciones recibidas. Pero también tiene la desventaja de exigir de cada estudiante la reinención de la rueda, ganar poco o nada de la experiencia acumulada de otros.

El aprendizaje iniciático ofrece una exposición directa a las condiciones reales de la práctica y a las pautas del trabajo. Las presiones para pasar a la acción suelen ser importantes, el tiempo es oro y los errores resultan caros.

Los profesionales experimentados han aprendido, además, a esperar a que los aprendices vengan provistos de unas destrezas para la práctica muy elementales. No obstante, muchos aprenden a través del aprendizaje iniciático y muchos prácticos veteranos y críticos de la preparación profesional aun lo ven como el método a elegir.

Un practicum es una situación pensada y dispuesta para la tarea de aprender una práctica. Aprender haciéndose cargo de proyectos que simulan y simplifican la práctica, o llevar a cabo, debidamente libre de presiones las distracciones y los riesgos que se dan en el mundo real al que, no obstante, el practicum hace referencia, se sitúa en una posición intermedia entre el mundo de la práctica, el mundo de la vida ordinaria, y el mundo esotérico de la Universidad. Es también un mundo colectivo por derecho propio, con su propia mezcla de materiales, instrumentos, lenguajes y valoraciones. Incluye formas particulares de ver, pensar y hacer que, en el tiempo y en la medida que le preocupe al estudiante, tienden a imponerse con creciente autoridad. Cuando un estudiante ingresa a un *practicum* se enfrenta, de manera explícita o implícita, a ciertas tareas fundamentales. Debe aprender a evaluar la práctica competente. Debe aprender a construir una imagen de ella, debe aprender a valorar su propia posición ante ella y debe elaborar un mapa del camino por el que debe llegar desde donde se encuentra a donde desea estar. Si vemos al conocimiento profesional en términos de hechos, reglas y procedimientos aplicados de una forma no conflictiva a los problemas instrumentales, vemos el *practicum*, en su conjunto, como una forma de preparación técnica.²⁹

²⁹ Vid. SCHÖN, Donald, La formación de profesionales reflexivos: Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje en las profesiones, traducción y revisión técnica de Lourdes Motero, edición Paidós Ibérica S.A., Barcelona, España, 1987, pp. 33, - 43.

**CAPÍTULO 3. LA AUTORIZACIÓN DEL
PASANTE EN DERECHO PARA INTERVENIR
COMO DEFENSOR DEL IMPUTADO, UNA
PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO
NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS
PENALES.**

El jurista es un grande de la sociedad en cuanto que debe procurar que en ella imperen la justicia y la seguridad.

Ignacio Burgoa Orihuela

3.1 DESFASE DE LA FIGURA JURÍDICA DE PASANTE DE DERECHO CON CARTA DE PASANTE.

Con el propósito de abordar frontalmente el problema que plantea esta investigación, relativo al estado de indefensión en que se encuentra el pasante de derecho que cuenta con credencial vigente que le autoriza para ejercer la profesión de licenciado en derecho, expedida por la Dirección General de Profesiones, a continuación señalamos los artículos del Código Federal de Procedimientos Penales que contemplaban las figuras jurídicas de “*persona de confianza*” y “*pasante de derecho con carta de pasante*” como posibles defensores del imputado, así como los artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales que desfasan dichas figuras jurídicas.

a) Código Federal de Procedimientos Penales

Título Primero. Reglas Generales para el Procedimiento Penal

Capítulo I. Competencia

Artículo 22. Cada diligencia se asentará en acta por separado.

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

huella de alguno de los dedos de la mano, debiéndose indicar en el acta cuál de ellos fue.

Capítulo X. Audiencias de Derecho.

Artículo 87. Las audiencias se llevarán a cabo, concurren o no las partes, salvo el Ministerio Público, que no podrá dejar de asistir a ellas. En la diligencia de declaración preparatoria comparecerá el inculpado asistido de su defensor y en su caso, la persona de su confianza que el inculpado puede designar, sin que esto último implique exigencia procesal.

Capítulo II. Declaración Preparatoria del Inculpado y Nombramiento de Defensor.

Artículo 154. La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará un defensor de oficio.

Artículo 160. No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el Capítulo II, Título Décimo Segundo del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.

Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de

que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado, un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

b) Código Nacional de Procedimientos Penales

Libro Primero. Disposiciones Generales

Título II. Principios y Derechos en el Procedimiento

Capítulo II. Audiencias

Artículo 66. Intervención en la audiencia

En las audiencias, el imputado podrá defenderse por sí mismo y deberá estar asistido por un licenciado en derecho o abogado titulado que haya elegido o se le haya designado como Defensor.

Título V. Sujetos del Procedimiento y sus Auxiliares

Capítulo III. Imputado.

Artículo 113. Derechos del imputado

El imputado tendrá los siguientes derechos:

XI. A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad;

Capítulo IV. Defensor

Artículo 115. Designación de Defensor

El Defensor podrá ser designado por el imputado desde el momento de su detención, mismo que deberá ser licenciado en derecho o abogado titulado con cédula profesional. A falta de éste o ante la omisión de su designación, será nombrado el Defensor público que corresponda.

Artículo 116. Acreditación

Los Defensores designados deberán acreditar su profesión ante el Órgano jurisdiccional desde el inicio de su intervención en el procedimiento, mediante cédula profesional legalmente expedida por la autoridad competente.

Es así como el Código Nacional de Procedimientos Penales desfasa a las figuras jurídicas de “persona de confianza” y “pasante con carta de pasante”, lo cual desde luego es violatorio de derechos humanos, toda vez que, si bien es cierto, la calidad de persona de confianza del imputado podía recaer en persona que no tuviera conocimiento alguno sobre derecho y, menos aun, sobre la materia penal, es inconcuso que la esfera de derechos del imputado se vería vulnerada con la asistencia de dicha figura jurídica, sin embargo, la calidad de “pasante con carta de pasante” dista mucho de análogarse con la anterior, es decir, con la “persona de confianza”, ello es así en virtud que para obtener la carta de pasante, el interesado debe reunir diversos requisitos que le demanda la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y su reglamento, entre ellos, poseer conocimientos jurídicos y la competencia necesaria para defender la esfera de derechos del imputado, como se verá a mayor abundamiento en los subcapítulos siguientes.

Sin embargo, no se soslaya mencionar que esta investigación comulga con el legislador en lo que hace al desfase de la figura jurídica de “persona de confianza” por las razones anteriormente expuestas, no así con el desfase de la figura jurídica de “pasante con carta de pasante”.

3.2 LIBRE EJERCICIO DE LA PROFESIÓN LÍCITA.

El libre ejercicio de la profesión lícita es un principio constitucional consagrado en el artículo 5º, primer párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que no ha sufrido modificación alguna desde su promulgación, mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1974, mismo que se transcribe a continuación:

Artículo 5o. *“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.”*

Únicamente se modificó el párrafo segundo, Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la federación el 29 de enero de 2016, para quedar como sigue:

“La ley determinará en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.”

Donde podemos observar que únicamente se modificaron los vocablos “entidad federativa”, toda vez que anterior a dicha reforma se mencionaba el

vocablo “*Estados*”; que si bien es cierto, consiste en un cambio de terminología jurídica que permite al legislador ser más preciso en cuanto a las zonas geográficas dentro del territorio nacional donde deben observarse cada legislación relativa al ejercicio profesional, también es cierto, que dicha modificación en nada abona o perjudica a esta investigación y en consecuencia no se abundara mas en dicha reforma. Unidamente se resalta la voluntad del legislador consistente en que sea la **Ley secundaria respectiva** la que determine, en cada entidad federativa, cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Por lo que es menester remitirnos a la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitución, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y el Reglamento de dicho ordenamiento legal, por ser la ley secundaria que emana del artículo 5º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, además de la Ley de la Administración Pública Federal y el Reglamento Interior de la Secretaria de Educación Pública. Donde encontramos:

a) Que el artículo segundo transitorio del decreto que reforma la Ley Reglamentaria de los Artículos 4º y 5º Constitucionales, relativos al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal y Territorios Federales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 02 de Enero de 1974, señala: “*en tanto se expidan las leyes a que se refiere el artículo 2º reformado, las profesiones que en sus diversas ramas **necesitan título para su ejercicio** son las siguientes:... Licenciado en Derecho...”;*

b) En cuanto a las **condiciones que deben llenarse para obtener título profesional** tenemos: i) contar con estudios previos a la educación profesional; ii) Estar inscrito como numerario en una escuela profesional del sistema educativo nacional y iii) acreditar que se han reunido los requisitos académicos previstos por las leyes aplicables; y

c) En cuanto a las **autoridades que ha de expedir el título profesional** son aquellas instituciones del Estado o descentralizadas y particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, que imparten educación profesional y que cumplen con los siguientes requisitos: i) inscribirse en la Dirección General de Profesiones; ii) Proporcionar anualmente a la Dirección General de Profesiones sus planes y programas de estudio y de servicio social; iii) rendir a la Dirección General de Profesiones los informes que esta le solicite, y iv) informa a la Dirección General de Profesiones del establecimiento de nuevas carreras profesionales.

Luego entonces es inconcuso que la Dirección General de Profesiones es la unidad administrativa facultada para registrar títulos profesionales expedidos por las instituciones que imparten educación profesional y, como más adelante se verá, para expedir autorización para el ejercicio profesional, entre ellas, autorización provisional para ejercer con calidad de título en trámite, autorización provisional para ejercer con calidad de pasante, cedula profesional con efectos de patente y autorización para ejercer con especialidad.

Por otro lado, en lo que interesa a esta investigación, a todas luces podemos observar que el principio Constitucional al libre ejercicio de la profesión lícita ha sido intocado, aun en medio del fulgor de las reformas constitucionales que se iniciaron a partir del 18 de Junio de 2008, es decir, dicho principio Constitucional no ha sufrido modificación alguna en su parte medular. Luego entonces, es un principio que debe ser reconocido, respetado y garantizado por todas las autoridades judiciales, administrativas o del trabajo en el ámbito de sus competencias, y por los particulares. Consecuentemente deben reconocer, respetar y garantizar los documentos y determinaciones emitidos por las autoridades que la Ley faculta para expedir títulos, cedula profesional con efectos de patente y autorizaciones que permiten el ejercicio profesional.

En ese orden de ideas, podemos colegir que el principio de libre ejercicio de la profesión lícita es un derecho consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que tiene como finalidad proteger la actividad laboral de aquellas personas que se dediquen a alguna profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, con la única limitación que dicha actividad sea lícita. Lo cual, desde luego, circunscribe al pasante que cuenta con **credencial** vigente que le autoriza provisionalmente para ejercer la profesión de licenciado en derecho, toda vez que es expedida por la Secretaría de Educación Pública a través de la unidad administrativa correspondiente -Dirección General de Profesiones- previa solicitud, valoración y aprobación; y durante su vigencia, es el documento idóneo para tener por acreditada la licitud del ejercicio profesional de dicho pasante, aun cuando no cuente con título profesional debidamente registrado o cedula profesional con efectos de patente, toda vez que la mencionada autorización constituye una excepción a la regla general sobre la licitud en el ejercicio profesional.

Por otro lado no se soslaya que el texto constitucional también señala que ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Es así que esta investigación se encuentra obligada a cuestionar si el ejercicio profesional de aquel pasante afecta o no los derechos de terceros o los derechos de la sociedad.

a) **Derechos de terceros.** Pasamos a analizar si el ejercicio profesional del pasante que cuenta con autorización provisional vigente, expedida por autoridad competente, ataca, o no, los derechos de tercero. Aquí debemos comenzar por identificar a dicho tercero, quien desde luego es la persona a quien el pasante va a representar en juicio, por lo que interesa a esta investigación, el imputado. Luego entonces, es menester hacer una breve mención de la esfera de derechos con la que cuenta el imputado, dentro de los

que se encuentra el debido proceso, derecho de defensa, defensa adecuada, entre otros, los cuales deben ser protegidos por el órgano jurisdiccional y, que algunos pudieran pensar, se vulneran con el ejercicio de la profesión del pasante en mención, sin embargo, pasan por alto que dicho pasante, durante la vigencia de la carta que le expide la unidad administrativa correspondiente, se encuentra ejerciendo libremente su profesión y como cualquier otro defensor, con cedula profesional con efectos de patente, no escaparía al constante escrutinio del juzgador en cada etapa procesal, por lo que podría ser separado del cargo siempre que el órgano jurisdiccional advirtiera la existencia de una manifiesta y sistemática incapacidad técnica en su actuar.

Pero no debemos cometer el error de adelantarnos y creer que el pasante de referencia, es técnicamente incompetente en materia penal, pues la ignorancia o conocimiento solo se puede demostrar en la práctica; como atinadamente lo estableció el legislador, en el artículo 121 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al permitir que todos los licenciados en derecho, aun aquellos que no cuentan con experiencia alguna en materia penal, pero que cuenten título debidamente registrado y cedula profesional con efectos de patente, tengan oportunidad de aceptar el cargo de defensor del imputado, sin embargo, al permanecer en constante escrutinio por parte del órgano jurisdiccional, durante todas las etapas procesales, al mostrar una manifiesta y sistemática incapacidad técnica en la materia penal, el juzgador puede separarlos de su cargo, precisamente en pro de la salvaguarda de los derechos más elevados que le asisten al imputado, consistentes en el debido proceso y la adecuada defensa; sin embargo, aquí se demuestra que el legislador cometió el error de adelantarse y considerar que el pasante de referencia es técnicamente incompetente y por lo tanto desfasó la figura jurídica para consecuentemente impedirle ser defensor del imputado. Lo cual vulnera el derecho humano de libre ejercicio de la profesión lícita en perjuicio de pasante en mención.

Es por lo anterior que podemos afirmar que el ejercicio profesional del pasante que cuenta con credencial vigente expedida por unidad administrativa correspondiente, que le autoriza provisionalmente para ejercer la profesión de licenciado en derecho, de primera instancia no ataca los derechos de tercero, es decir, del imputado, y en caso que dichos derechos se vieran vulnerables o vulnerados, el órgano jurisdiccional tendría la obligación de separarlo del cargo de defensor, en igualdad de condiciones que un licenciado en derecho con título registrado y cedula profesional con efectos de patente.

b) Por otro lado, al analizar si el multi referido pasante ofende los **derechos de la sociedad**, debemos decir que los derechos a la igualdad, libertad y aquellos que le permiten a la sociedad unas condiciones económicas y de acceso a bienes necesarios para una vida digna, no se transgreden con el ejercicio profesional de pasante de referencia, por el contrario, son derechos que le asisten a dicho profesionista durante la vigencia de la carta que le expida la unidad administrativa correspondiente –Dirección General de Profesiones-.

Por otro lado, no se omite señalar que los artículos 4º y 22 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal, establece que el Ejecutivo Federal, previo dictamen de la Dirección General de Profesiones, que lo emitirá por conducto de la Secretaría de Educación Pública y oyendo el parecer de los colegios de profesionistas y de las comisiones técnicas que se organicen para cada profesión, expedirá los **reglamentos** que **delimiten** los campos de acción de cada profesión, así como el de las ramas correspondientes, y los limites para el ejercicio de las mismas. Donde las comisiones técnicas serán creadas por la Dirección General de Profesiones y estarán integradas por un representante de la Secretaría de Educación Pública, otro de la Universidad Autónoma de México o del Instituto del Politécnico Nacional en sus ramas profesionales respectivas y otro del colegio de profesionistas.

Por lo que esta investigación, al realizar un trabajo exhaustivo, **no ha encontrado** algún **reglamento** emitido por el ejecutivo federal **que limite el ejercicio profesional de los pasantes de derecho** que cuenten con credencial vigente, expedida por la Dirección General de Profesiones, que le autoriza ejercer provisionalmente ejercer la profesión de licenciado en derecho, por lo cual, se asegura que no existe fundamento legal alguno, apegado a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que impida a dicho pasante ejercer su profesión, durante la vigencia de dicha credencial.

Robusteciendo lo anterior, el artículo 6.1 y 6.2 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Protocolo de San Salvador, señala:

Artículo 6. Derecho al Trabajo

*1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una **actividad lícita** libremente escogida o aceptada.*

*2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al **logro del pleno empleo**, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo.*

Así mismo el artículo 7, inciso b), consagra el derecho humano al libre ejercicio de la profesión lícita, al señalar que el trabajador tiene derecho a dedicarse a la actividad que mejor le corresponda a sus expectativas.

Artículo 7. Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

*b. El derecho de todo trabajador a **seguir su vocación** y a **dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas** y a **cambiar de empleo**, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva;*

Con lo cual podemos colegir que el ejercicio profesional del pasante con carta expedida por la unidad administrativa correspondiente, durante su vigencia, más allá de encontrarse circunscrito en el libre ejercicio de la profesión lícita, es un derecho que le ofrece la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de su **actividad lícita** libremente escogida o aceptada; y por su parte el Estado tiene la obligación de garantizar la plena efectividad al derecho al trabajo, y en especial las referidas al **logro del pleno empleo**, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional.

Por lo cual, esta investigación considera que el ejercicio profesional del pasante que cuenta con carta expedida por unidad administrativa correspondiente, es una excelente oportunidad para que, a través de la orientación y dirección de un profesionalista con experiencia, el pasante alcance la madurez profesional, en un futuro cercano logre el pleno empleo y obtenga los medios necesarios para llevar una vida digna y decorosa.

3.3 LA LIBRE ELECCIÓN DE ABOGADO DEFENSOR.

La libre elección de abogado defensor es un derecho humano que le asiste al imputado en todas las etapas procedimentales en las que intervenga, incluso, de ser posible, desde el momento en que acontezca su detención. Protege la voluntad del imputado para decidir dentro de la amplia gama de abogados, cuál de todos, a su alcance, es el que le inspira mayor confianza y escogerlo como su defensor frente a la actividad punitiva del Estado, y al

mismo tiempo impide que el Estado imponga un abogado que, en muchos de los casos, solo serviría a los intereses del propio Estado.

Lo encontramos consagrado en el artículo 8.2 incisos d) y e) de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (pacto de San José de Costa Rica), que se transcribe a continuación:

8.- Garantías Judiciales.

2. Toda persona inculpada de un 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:

d) Derecho del Inculcado 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 a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Derecho humano que se encuentra reconocido por el Estado Mexicano a través del actual texto del artículo 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

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

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

Podemos observar que el texto internacional consagra como derecho humano la **libre elección de defensor**, mismo que es reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante lo cual, el Estado tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar la voluntad del imputado, permitiéndole elegir libremente al defensor que lo represente ante la actividad punitiva del propio Estado, incluso, de ser posible, desde el momento de su detención; regla general que cuenta con una excepción, consistente en aquellos supuestos en que el imputado no quiera o no pueda nombrar un defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, casos en los cuales el Estado tiene la obligación de proporcionarle o designarle un defensor público, retribuido por el propio Estado, ello atento a los superiores derechos de **Acceso a la Justicia, debido proceso y defensa adecuada**.

Excepción a la regla general de donde se desprende una posible **ambigüedad**, toda vez que, de primera instancia, podríamos pensar que el derecho humano de libre elección de abogado defensor se trasgrede una vez que el juez le designa un abogado al imputado, ante la negativa o imposibilidad con la que cuenta este último para nombrar uno. Sin embargo, la ambigüedad es subsanada gracias a la labor interpretativa de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha establecido, mediante Tesis Aislada (Constitucional) 1a. XIX/2016 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 26, Enero de 2016,

Tomo II, Pág. 966 y rubro DEFENSA ADECUADA. LOS SUPUESTOS DE VIOLACIÓN DE ESTE DERECHO HUMANO SE ACTUALIZAN CUANDO EL JUEZ NOMBRA DEFENSOR PÚBLICO ANTE LA AUSENCIA DEL DEFENSOR PARTICULAR, que para dar cumplimiento a las obligaciones de promover, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos, el juez penal tiene que designar oficiosamente un defensor público en caso de ausencia del defensor particular del imputado a una diligencia en la que éste debe tener intervención, a fin de que cuente con la asistencia jurídica que requiera. Sin embargo, la protección del derecho humano de defensa adecuada exige que se actualice una real asistencia jurídica, de modo que no basta que se cumpla con la designación de un defensor público en sustitución del abogado particular que venía representando al procesado. Incluso cuando se cumple con la designación de defensor de oficio, es posible que se actualicen violaciones al derecho humano de defensa adecuada, de modo que dejen al imputado en estado de indefensión. La violación puede actualizarse en dos supuestos identificados por la Primera Sala de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, a saber: el primer supuesto se actualiza si no se requirió previamente al imputado **nombrar libremente a otro defensor de su elección**, puesto que **en todo momento debe privilegiarse el derecho que tiene de designar al abogado que quiera** para que le proporcione asistencia jurídica en el juicio; el segundo supuesto se actualiza si el defensor de oficio designado por el juez se nombra al inicio de una audiencia de desahogo de pruebas, con la única finalidad de llevar a cabo dicha diligencia, sin que dicho defensor cuente con los medios y tiempo necesarios para su preparación (conocimiento de las constancias que integran el expediente), a fin de determinar la estrategia a seguir, que permita el ejercicio de una adecuada defensa del procesado.

De lo que podemos colegir que en todo momento debe privilegiarse el derecho que tiene el imputado para designar al abogado que desee, para que le proporcione asistencia y representación jurídica en todas las etapas del juicio, aun cuando dicho defensor sea de los común mente llamados de oficio,

pues antes de llegar al extremo en que el órgano jurisdiccional deba designarle un defensor retribuido por el Estado, debe prevenir al imputado para que designe al que desee, poniendo a su disposición y alcance la lista de dichos defensores que se encuentren adscritos a su jurisdicción. Con lo que dicha ambigüedad queda aclarada.

Por otro lado, tomando en cuenta que el texto constitucional contempla dos hipótesis, al señalar “Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público” pasamos al estudio de cada una de ellas a continuación.

a) En la primera hipótesis. “***no quiere nombrar un abogado***”. Esta hipótesis es la verdadera excepción a la regla general, toda vez que aquí el imputado cuenta con una actitud negativa, toda vez que no desea expresar su voluntad para nombrar a algún abogado, por las múltiples razones con las que cuente (sin que sea menester ahondar en alguna de ellas), negativa ante la cual, se actualiza la excepción a la regla general y ahora el órgano jurisdiccional cuenta con la obligación de designarle al imputado un abogado retribuido por el Estado, aun cuando vaya en contra de la voluntad de dicho imputado, en virtud que, como se dijo anteriormente, debe privilegiarse y garantizarse los superiores derechos humanos de debido proceso, acceso a la justicia y derecho de defensa, con los que cuenta toda persona sometida a alguna forma de detención o prisión.

b) En la segunda hipótesis. “***no puede nombrar un abogado***”. No estamos ante una verdadera excepción a la regla general, toda vez que aquí el imputado no se encuentra ante una actitud negativa, sino que cuenta con alguna dificultad que le impide expresar su voluntad; verbigracia, habla una lengua distinta a la del órgano jurisdiccional, se comunica a través de la lengua de los signos o lenguaje de señas por padecer sordomudez, es de escasos recursos económicos y no cuenta con la posibilidad de erogar los honorarios de

un profesionalista conocedor del derecho o sencillamente no conocer a ninguno, etc.; en estos casos, el órgano jurisdiccional tiene la obligación de designarle un defensor público al imputado hasta en tanto sea subsanada la dificultad que le impide expresar su voluntad o, de ser posible, poner a disposición del imputado la lista de defensores públicos adscritos a los juzgados de su competencia, para que pueda elegir libremente aquel que le inspire mayor confianza para que lo represente ante la actividad punitiva del Estado, pues como ha quedado establecido, en todo momento debe privilegiarse el derecho que tiene el imputado para designar al abogado que desee; en consecuencia, si la dificultad que le impide expresar su voluntad no radica en un problema de comprensión, el órgano jurisdiccional debe privilegiar el derecho a la libre elección de abogado y proceder como se detallo con antelación.

Es así como el Estado se enfrenta, en algunos casos, ante una doble calidad garantista, por un lado debe hacer valer la pretensión punitiva y, por el otro, debe velar por que el imputado tenga **acceso a la justicia** y que cuente con una **defensa adecuada**. Esto tiene sentido lógico, si tenemos en cuenta que los honorarios que estipula un abogado particular suelen ser, en muchos de los casos, inaccesibles para algunos grupos sociales.

Ahora bien, en cuanto a la obligación que guarda el órgano jurisdiccional, relativa a velar por que el imputado tenga **acceso a la justicia**, debemos decir que el Estado instituyó una defensoría pública, dónde los honorarios del profesionalista son cubiertos por el propio Estado, y en consecuencia no sean motivo de inaccesibilidad a la justicia y el imputado pueda ser debidamente asesorado y asistido en todas las etapas procesales por un conocedor del derecho. Por lo que en aquellos supuestos en que el imputado no quiera o no pueda nombrar un abogado particular, por tener una actitud negativa, por no contar con los recursos económicos necesarios o sencillamente no conocer a alguno, el órgano jurisdiccional debe designarle un defensor adscrito a la defensoría pública de su jurisdicción, hasta en tanto no

se subsane dicha imposibilidad, con el objeto de velar por que el imputado tenga **acceso a la justicia**.

Y en cuanto a la otra obligación que guarda el órgano jurisdiccional, relativa a velar por que el imputado cuente con una **defensa adecuada**, debemos decir que dicha facultad se ejerce a través de la exigencia de la presentación de documento idóneo que acredite al defensor para ejercer la profesión de licenciado en derecho, así como el constante escrutinio de la capacidad técnica del mismo durante todas las etapas procesales. Por lo cual:

a) En cuanto al el requisito de la presentación de de **documento idóneo** que acredite al defensor para ejercer la profesión de licenciado en derecho. Ha quedado ampliamente demostrado que la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, el Reglamento Interior de la Secretaria de Educación Pública, la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativa al Ejercicio Profesional en el Distrito Federal y el reglamento de este último ordenamiento legal federal, establecen cuáles son los documentos, que expide la unidad administrativa competente –Dirección General de Profesiones-, para ejercer lícitamente la profesión, siendo ellos: i) cedula profesional con efectos de patente; ii) autorización para el ejercicio de una especialidad; iii) autorización provisional con calidad de titulo en trámite; y iv) autorización provisional con calidad de pasante. Por lo cual, en lo que interesa a esta investigación, el pasante de derecho que cuenta con carta vigente, expedida por la Dirección General de Profesiones, cuenta con documento idóneo y se encuentra plenamente acreditado para tomar el cargo de abogado del imputado.

b) En cuanto al **constante escrutinio** de la capacidad técnica del defensor durante todas las etapas procesales. También ha quedado ampliamente demostrado que el pasante que cuenta con credencial vigente expedida por la unidad administrativa competente, que le autoriza ejercer la profesión de licenciado en derecho, no escapa a dicho escrutinio por parte del

órgano jurisdiccional, y a *contrario sensu*, por ningún motivo se debe adelantar conclusiones creyendo que dicho pasante es manifiesta y sistemáticamente incapaz para ejercer la defensa técnica en materia penal y salvaguarda la esfera de derechos del imputado. Sin embargo, no se ahonda más en el tema, toda vez que el constante escrutinio del órgano jurisdiccional no es materia principal de la presente investigación. Lo único en que se insiste es en que el pasante de referencia se encuentra en igualdad de condiciones que un abogado titulado que cuenta con cedula profesional con efectos de patente, en tanto la carta que le autoriza ejercer provisionalmente la profesión se encuentre vigente y se expedida por la unidad administrativa competente, para asesorar y defender al imputado ante la actividad punitiva del Estado.

Luego entonces, una vez aclarado el irrenunciable y privilegiado derecho del imputado para decidir dentro de la amplia gama de abogados, cuál de todos a su alcance es el que le inspira más confianza y escogerlo como su defensor frente a la actividad punitiva del Estado, es decir, la libre elección de abogado defensor, es inconcuso que, en el supuesto en que el imputado manifestara su voluntad de ser asistido por un pasante que cuenta con credencial vigente, expedida por unidad administrativa competente, que le autoriza para ejercer la profesión de licenciado en derecho, el órgano jurisdiccional está obligado a respetar dicha voluntad, pues como se ha dicho, la voluntad de elección del imputado debe privilegiarse en todo momento; aunado a que aquel pasante se encuentra ejerciendo lícitamente su profesión, sin perjuicio que, como se dijo anteriormente, pudiera ser removido del cargo de defensor si demostrare una manifiesta y sistemática incapacidad técnica en la materia penal, como cualquier otro defensor que cuenta con título registrado y cedula profesional con efectos de patente, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 121 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Por otro lado, no se soslaya que el artículo 20 constitucional (en su texto anterior a la reforma publicada en Diario Oficial de la Federación el 18 de Junio

de 2008) permitía la posibilidad de que el inculpado señalara una **persona de confianza** para que lo representara ante la actividad punitiva del Estado, ello en pro del derecho humano a la libre elección de abogado defensor.

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y,

Sin embargo, la figura jurídica fue desfasada en el actual texto constitucional, cediendo ante los superiores derechos de debido proceso y defensa adecuada con los que también cuenta el imputado. Determinación con la cual comulga esta investigación, en virtud que, en efecto, el derecho de defensa adecuada solo puede ser ejercido por persona que cuente con conocimientos jurídicos, y en el caso concreto, en materia penal, no así por cualquier persona, aun siendo ésta la de confianza del imputado, pues en definitiva, debe presumirse que dicha “*persona de confianza*” desconoce los derechos del inculpado, las etapas procedimentales, los recursos e incidencias mediante los cuales pueden hacerse valer, y con ello es evidente que se pondría en grave riesgo la esfera de derechos del imputado.

Pero por lo que respecta a la calidad de “*pasante con autorización vigente*” la misma dista mucho de análogarse con la “*persona de confianza*”, en

virtud que ha quedado ampliamente demostrado que para obtener carta de pasante, el interesado debe reunir diversos requisitos que le demanda la Ley Reglamentaria del Artículo 5 Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y el reglamento de dicho ordenamiento legal federal, entre ellos, poseer conocimientos jurídicos y competencia necesaria, con lo cual no puede afirmarse que la esfera de derechos del imputado se encuentre vulnerable o vulnerada, hasta en tanto no se demuestre la manifiesta y sistemática incapacidad técnica en materia penal del pasante con autorización provisional vigente, como cualquier otro defensor con cedula profesional con efectos de patente.

Sin omitir señalar que el actual texto constitucional solo refiere que el derecho de defensa adecuada debe ser ejercicio por un abogado, omitiendo señalar si dicho abogado debe contar con título profesional registrado y cedula profesional con efectos de patente expedida por la Dirección General de Profesiones. Omisión que claramente se deja a lo depuesto por la ley secundaria relativa al ejercicio profesional, la cual por supuesto corresponde a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Reglamento Interior de la Secretaria de Educación Pública, Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio de las Profesiones en el Distrito Federal y al reglamento del último ordenamiento legal mencionado. Lo cual ha quedado ampliamente demostrado en el subcapítulo 2.6 del la presente investigación.

Por lo que podemos colegir que los vocablos “*abogado*” y “*defensor*” utilizados por el constituyente nacional e internacional respectivamente, son alegorías de aquella persona con conocimientos jurídicos. Luego entonces, en nuestra nación debemos ceñirnos al lo ordenado por la legislación secundaria relativa al ejercicio profesional.

3.3.1 El Abogado

Guillermo Cabanellas afirma que el término abogado proviene de la expresión latina *advocatus*, que significa “llamado”, porque los romanos acostumbraban llamar en los asuntos difíciles, para que los auxiliasen, a las personas poseedoras de conocimientos jurídicos.³⁰ El origen etimológico deja ver la importancia histórica que se daba a la elocuencia verbal, así, el abogado era versado no solo en la jurisprudencia sino en el arte del bien hablar.

Algunos autores como Ciuriatti, Enrique Eduardo Villegas, Carlos Arellano García, entre otros, han exigido arduos atributos o cualidades a quien ejerce la actividad tales como: probo, diligente, entusiasta, experto, literario, crítico, moralista, con experiencia de viejo y memoria de niño, combativo, honrado, dúctil, consciente de su misión sociable, culto y ordenado, concededor de la lógica, de buena fe, honrado, con criterio de equidad, enérgico, discreto, vezar, ecuánime, respetuoso, con sentido práctico y de negociación, digno, con vocación, leal, sencillo y a la vez formal, dinámico, incorruptible, con fe en la justicia, etc. Como podemos ver, se necesitaría ser un súper hombre para solucionar los conflictos existentes entre las partes de un litigio.

Juan Palomar De Miguel Dice: “Abogado es la persona legalmente autorizada para defender en juicio por escrito o de palabra, los derechos e intereses de los litigantes, así como para dar dictamen sobre las cuestiones o asuntos legales que se le consulten”.³¹

En un sentido general, el término “abogado” se refiere a toda persona conocedora del derecho o experta en él que realiza funciones de asesoría jurídica y representación en beneficio de otra u otras personas que así lo requieran.³²

³⁰ CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, 8ª ed., t. I, Heliasta, Buenos Aires, 1974.

³¹ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, T.I., Editorial: Porrúa, México, 2000.

³² FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *op. cit.*, pág. 3.

Nótese que en las anteriores definiciones de abogado no se requiere que el conecedor del derecho cuente con título profesional debidamente registrado y cedula profesional con efectos de patente, solo se demanda que aquel conecedor demuestre conocimiento en la materia de derecho, preste asesoría jurídica y represente a una persona ante los tribunales; atributos y actividades con que por supuesto posee el pasante que cuenta con credencial vigente, expedida por la Dirección General de Profesiones, que le autoriza provisionalmente para ejercer con carácter de pasante la profesión de licenciado en derecho y consecuentemente le permiten ejercer lícitamente la profesión de licenciado en derecho, como lo permite la ley secundaria relativa al ejercicio de las profesiones, de lo cual se ha hecho multi referencia en capítulos anteriores.

Para esta investigación abogado es: Aquel conecedor del derecho que cuenta con título profesional, cedula con efectos de patente, o alguna autorización expedida por la unidad administrativa correspondiente, que es llamado por las personas para salvaguardar la esfera de derechos que pretende modificar la autoridad.

3.3.2 La Abogacía.

Existe una gran diversidad de conceptos para definir la abogacía, establecidos por los diversos doctrinarios jurídicos, así, por ejemplo, tenemos que para el LIC. MANUEL DE LA PLAZA, abogacía es: “La tutela de interese públicos y privados”³³, para GUILLERMO CABANELLAS es “El desempeño del abogado como consultor de la clientela, cual patrocinador de sus litigantes y en la actuación personal de distintos procedimientos”³⁴, para LUIS GUILLERMO TORREZ DÍAS es: “la actividad del licenciado en derecho que consiste en la

³³ DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil, tercera edición, volumen I, Publicaciones de Derecho Privado, España 1951, p. 287.

³⁴ CABANELLAS, Guillermo, *op.cit.*, p.390.

defensa de los intereses de su cliente ante los tribunales”³⁵, por su parte Ferdinand Cuadros Villena es: “Profesión destinada a la defensa del derecho y auxiliar a la administración”³⁶, el Lic. José Alberto Carrone la establece como: “Profesión del especialista en la ciencia jurídica, cuya misión esencial es la defensa (judicial o extrajudicial) de los derechos de las personas, no solo en función del derecho, sino en función de la justicia moral”³⁷.

La profesión de abogado, noble y elevada por la importancia de la misión que le corresponde en la sociedad, es un elemento indispensable para la adecuada impartición de justicia. Corresponde a los abogados restablecer la igualdad y la armonía en la condición de los litigantes. Su intervención es necesaria al ser concededores e intérpretes de los derechos y obligaciones que la sociedad impone a sus integrantes, correspondiendo al abogado enseñar a los demás lo que es justo y lo que no lo es, sirviendo además de dirección y de escudo para defensa y reclamo contra la arbitrariedad y la injusticia.

3.3.3 La misión del Abogado.

Puede decirse que los abogados desempeñan una función “pública” ya que “auxilian en la resolución de los conflictos sociales, proponiendo al juez las soluciones jurídicamente posibles -o asesorando a su cliente sobre las mismas- y sobre la posibilidad de que un Juez las respalde.

La crítica, aunque mordaz y excesiva en una defensa jurisdiccional, se torna necesaria e indispensable para tutelar eficazmente los derechos del justiciable, toda vez que el ejercicio de dichos derechos se encuentran vinculados inescindiblemente a la actuación legítima de nuestra profesión, y a

³⁵ TORRES DÍAZ, Luis Guillermo, Teoría General del Proceso, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

³⁶ FERDINAND CUADROS VILLENAS, Carlos, Ética de la Abogacía para la Liberación, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú 1975, p. 105.

³⁷ CARRONE, José Alberto, Diccionario Jurídico, t. I., Abeledot Perrot, Argentina 1986.

la defensa irrestricta a nuestra libertad de expresión y de trabajo, debido proceso legal y defensa en juicio.

El abogado debe ejercer sus funciones con independencia y libertad: libertad de expresión y libertad de defensa. La independencia es indispensable para el ejercicio de la abogacía y como sostiene RAFAEL DEL ROSAL, “Requiere de un estatuto jurídico privilegiado, de la confianza de una profesión normada éticamente y el reconocimiento y respaldo social por la trascendencia de la función”

Si los abogados no pueden expresarse libremente y sin sufrir persecución por ello, ante cualquier foro y por cualquier medio lícito cuando estimen oportuno para la defensa del interés que tienen encomendado, resulta imposible alcanzar la justicia ya que cualquier limitación a la libertad e independencia del abogado atenta contra el derecho de defensa y tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales. La colegiación obligatoria es un claro ejemplo de autorregulación en la sociedad civil.

La misión del abogado no se limita a ejecutar fielmente un mandato en el marco del derecho. En un Estado de derecho, el abogado es indispensable para lograr el respeto y cumplimiento de la justicia y de los justiciables, pues tienen la obligación de defender sus derechos y libertades; es por lo tanto, el asesor y defensor de su cliente, y en todo momento deberá buscar la prevalencia de la justicia, en el marco de un ejercicio ético de la profesión.

La defensa es un derecho reconocido que alcanza y ampara a todas las partes en un proceso. Y cuando el derecho de defensa se aplica al proceso penal cobra especial relevancia al ejercerse frente a la acusación formulada.³⁸

³⁸ *Vid*, AZERRAD, Marcos E., Ética y Secreto Profesional del Abogado, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2007, p. 279.

3.4 LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN.

La igualdad ante la ley es principio jurídico que se deriva del reconocimiento de la persona como criatura dotada de cualidades esenciales - comunes a todo el género humano- que le confieren dignidad en sí misma, lo que implica proscripción de toda forma discriminatoria, sea negativa o positiva, en las relaciones entre gobernantes y gobernados, así como en la creación, definición y aplicación de las normas que componen el ordenamiento jurídico.

En el Estado de Derecho, es un conjunto armónico en relación con la comunidad a la cual obliga y, en acatamiento al aludido principio, está llamado a procurar no tan solo una igualdad formal o de alcance puramente teórico en materia de derechos, deberes y obligaciones, sino que debe proyectarse al terreno de lo real, para hacerla efectiva mediante fórmulas concretas que eleven las posibilidades de quienes, por sus condiciones de manifiesta inferioridad, no alcanzarían de otra manera el nivel correspondiente a su dignidad humana.

Al respecto, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado, mediante Jurisprudencia (Constitucional), Tesis: P./J. 9/2016 (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, Pág. 112, de rubro PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN. ALGUNOS ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL PARÁMETRO GENERAL, que el principio de igualdad y no discriminación permea todo el ordenamiento jurídico. Cualquier tratamiento que resulte discriminatorio respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución es, per se, incompatible con ésta. Es contraria toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por considerarlo inferior, sea tratado con hostilidad o de cualquier forma se le discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal

situación. Sin embargo, es importante recordar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos. En igual sentido, la Constitución no prohíbe el uso de categorías sospechosas, sino su utilización de forma injustificada. No se debe perder de vista, además, que la discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un derecho humano. El escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

De lo que podemos colegir, toda situación que resulte discriminatoria respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la Constitución, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con algún privilegio, o que, inversamente, por considerarlo inferior, sea tratado con hostilidad, **va en contra del estado constitucional de derecho**.

Sin soslayar que no toda diferencia en el trato hacia una persona o grupo de personas es discriminatoria, siendo jurídicamente diferentes la distinción y la discriminación, ya que la primera constituye una diferencia razonable y objetiva, mientras que la segunda constituye una diferencia arbitraria que redundaría en detrimento de los derechos humanos.

La discriminación tiene como nota característica que el trato diferente afecte el ejercicio de un derecho humano. Y el escrutinio estricto de las distinciones basadas en las categorías sospechosas garantiza que sólo serán constitucionales aquellas que tengan una justificación muy robusta.

Luego entonces, si tomamos en cuenta que los derechos humanos de acceso al trabajo y libre ejercicio de la profesión lícita, protegen a aquel

pasante que cuenta con credencial vigente, expedida por unidad administrativa correspondiente, para ejercer provisionalmente la profesión de licenciado en derecho, y el Estado transgrede dichos derechos al impedirle tomar el cargo de defensor de aquel imputado que ha expresado su voluntad al elegir libremente ser representado por dicho pasante, nos encontramos ante una **flagrante discriminación**, en virtud que las demás aéreas jurídicas, como la civil, mercantil, familiar, administrativa, laboral, fiscal, etc., si permiten que el pasante en mención represente a su cliente ante los tribunales judiciales, administrativos o del trabajo correspondientes, siendo la única área que se opone al ejercicio profesional, la penal.

3.5 LA DEFENSA TÉCNICA COMO PRESUPUESTO DEL DEBIDO PROCESO EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO NO SE VULNERA CON LA ASISTENCIA JURÍDICA DEL PASANTE CON CREDENCIA VIGENTE EXPEDIDA POR UNIDAD ADMINISTRATIVA COMPETENTE.

Debemos comenzar señalando que la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio Profesional en el Distrito Federal y el reglamento de dicho ordenamiento legal federal, le asignan la calidad de **pasante** a todo aquel estudiante de una institución, del Estado o descentralizada y particulares que tengan reconocimiento de validez oficial de estudios, que imparte educación profesional, que haya concluido el primer año en la carrera de dos años, el segundo en la de tres y cuatro años y el tercero en las de mayor duración.

Pero no todo pasante se encuentra acreditado para ejercer lícitamente la profesión de licenciado en derecho, toda vez que la licitud de dicha actividad se acredita cuando la Dirección General de Profesiones expide, a aquellas personas que acrediten contar con calidad de pasante, una credencial en la que se precise el tiempo en que gozará de una autorización provisional para

ejercer con carácter de pasante la profesión de licenciado en derecho; que no podrá ser mayor a tres años, y solamente en casos excepcionales el Secretario de Educación Pública podrá prorrogar dicho plazo hasta por dos años más, y al concluir dicho termino quedará anulada automáticamente dicha credencial; credencial que se expedirá solo cuando aquel pasante acredite ser alumno actual de un plantel profesional o no tener más de un año de concluidos los estudios, ser de buena conducta, poseer la competencia necesaria, siendo presunción contraria a ella el tener un promedio inferior a 7 y se someta al consejo y dirección de un profesionista con título registrado conforme a la Ley. Credencial que hace notoria la diferencia entre “pasante de derecho con credencial vigente” y “persona de confianza”.

Una vez aclarado lo anterior, pasamos a señalar que el sometimiento del Estado a un mecanismo de control del poder, consistente en leyes o normas previamente establecidas, emanadas de un ordenamiento máximo llamado Constitución **-Estado Constitucional de Derecho-**, demanda que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, y los particulares, respeten los derechos que de ella emanan, aun cuando exista alguna posible contradicción entre los mismos. Y ante esta última hipótesis también prevé que siempre se favorezca a la persona que el Estado pretenda modificar su esfera jurídica.

Por otro lado, el reclamo de las personas para acceder a un juicio justo ocupa un lugar central en el contexto de las sociedades modernas. Así, en una democracia, resulta fundamental asegurar el cumplimiento de las garantías del debido proceso como condición para hacer frente al poder punitivo del Estado.

En este contexto, **el debido proceso** emerge como uno de los aspectos centrales que permitirán asegurar que las personas puedan ser juzgadas en un marco legal en donde se respeten plenamente sus derechos humanos. La jurisprudencia mexicana lo concibe como un conjunto de garantías, donde existe un "núcleo duro" que debe observarse inexcusablemente en todo

procedimiento jurisdiccional, son las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado como formalidades esenciales del procedimiento, cuyo conjunto integra la "garantía de audiencia", las cuales permiten a los gobernados ejercer sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica definitivamente: (i) la notificación del inicio del procedimiento; (ii) la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; (iii) la oportunidad de alegar; y, (iv) una resolución que dirima las cuestiones debatidas y cuya impugnación ha sido considerada por la Primera Sala como parte de esta formalidad; y otro núcleo que es identificado comúnmente con el elenco de garantías mínimo que debe tener toda persona cuya esfera jurídica pretenda modificarse mediante el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, dentro de esta categoría se identifican dos especies: la primera, que corresponde a todas las personas independientemente de su condición, nacionalidad, género, edad, etcétera, dentro de las que están, por ejemplo, el derecho a contar con un abogado, a no declarar contra sí mismo o a conocer la causa del procedimiento sancionatorio; y la segunda, que es la combinación del elenco mínimo de garantías con el derecho de igualdad ante la ley, y que protege a aquellas personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico, por pertenecer a algún grupo vulnerable, por ejemplo, el derecho a la notificación y asistencia consular, el derecho a contar con un traductor o intérprete, el derecho de las niñas y los niños a que su detención sea notificada a quienes ejerzan su patria potestad y tutela, entre otras de igual naturaleza.

Y aun cuando esta investigación comulga con la corriente ideológica; tendiente a otorgar una defensa lo más adecuada y efectiva posible, como uno de los aspectos centrales que permitirán asegurar que las personas sujetas a proceso penal puedan ser juzgadas en un marco legal en donde se respeten plenamente sus derechos humanos, elogiando al legislador por desfasar la figura jurídica de "*persona de confianza*"; cierto es que, al desfasar la figura jurídica de "*pasante con carta de pasante*" comete una flagrante discriminación,

toda vez que transgrede los derechos humanos de acceso al trabajo, libre ejercicio de la profesión lícita y libre elección de abogado defensor.

Atento a lo anterior, es menester ahondar en la **defensa técnica**, misma que se verifica con la asistencia del imputado por un abogado. Pero tampoco puede decirse que el derecho de defensa se materializa por el simple hecho de estar asistido por un abogado defensor, pues si bien, ello formalmente es cierto, se requiere además que dicho defensor muestre técnicamente, en sus intervenciones, idoneidad para ejercer ese cargo, es decir, la efectiva materialización del derecho de defensa, o **defensa técnica real**, por la puesta en práctica de sus conocimientos en la materia. Profesional que goza de una presunción ontológica en cuanto a su idoneidad cuando es designado directa y voluntariamente por el inculcado, en un nombramiento "*intuito personae*".

Lo cual ha ocasionado gran polémica entre los prácticos o litigantes del derecho, en virtud que, para acreditar ser licenciado en derecho basta con la presentación de un título profesional o cedula expedida por unidad administrativa correspondiente, pero para demostrar la capacidad para salvaguarda la esfera de derechos del imputado no basta con la simple presentación de dichos documentos, toda vez que esta capacidad solo puede ser demostrada en la propia acción de participar como defensor en las audiencias, presentación de escritos de desahogo de requerimientos, promoción de recursos, incidentes y amparos, así como al continuar diligentemente en todas y cada una de las etapas del proceso penal.

Por lo cual, de primera instancia, algunos podrían pensar que el debido proceso y la defensa adecuada, derechos que le asisten al imputado y que el Estado tiene la obligación de salvaguardar, se oponen al derecho de libre ejercicio de la profesión lícita que le asiste al pasante que cuenta con credencial vigente, expedida por la unidad administrativa correspondiente, para ejercer provisionalmente con calidad de pasante la profesión de licenciado en

derecho, toda vez que, creen que el licenciado en derecho corre riesgo de no poseer capacidad técnica, presuponen, según ellos con mayor razón, que aquel pasante carece de pericia y experiencia necesaria para defender la esfera de derechos de una persona sometida a cualquier forma de detención o prisión.

Sin embargo, esta investigación señala que no existe contrariedad alguna entre la esfera de derechos del imputado y el ejercicio profesional de aquel pasante, en virtud que, como primer punto, el órgano jurisdiccional en todo momento cuenta con la titúlela de los derechos de toda persona sometida a proceso penal y puede retirar del cargo a aquel defensor que muestre una manifiesta y sistemática incapacidad técnica en la materia penal, y como segundo punto, de ninguna manera se atacan los derechos de tercero o se ofenden los derechos de la sociedad, en virtud que aquel pasante que cuenta con credencial vigente, expedida por la unidad administrativa correspondiente, que le autoriza ejercer con calidad de pasante la profesión de licenciado en derecho, se encuentra plenamente facultado para ejercer dicha profesión, toda vez que ha demostrado, ante la institución educativa de formación profesional y ante la Dirección General de Profesiones, poseer la competencia necesaria para la práctica de su profesión, pues a *contrario sensu* aquella unidad administrativa le negaría la expedición de dicha carta de pasante, sin embargo, la expedición de la mencionada carta lo dota de la presunción de ser un conoedor del derecho; mismo silogismo que sigue aquel profesionista que cuenta con título registrado y cedula profesional con efectos de patente, toda vez que la competencia la demuestra también ante la institución educativa de formación profesional y ante la Dirección General de Profesiones.

Caso distinto al anterior es la tan anhelada experiencia, pues ésta solo se consigue a través del propio ejercicio de la actividad, sin embargo, es un hecho conocido que dicha experiencia no es un requisito exigible en un Estado Constitucional de Derecho, pues ello implicaría la eliminación total de cualquier

posibilidad de aprendizaje práctico inicial, lo cual no es materia de esta investigación, pero no se soslaya en virtud que todos estamos cocientes de sus implicaciones. Por lo cual se señala que la experiencia se adquiere a través del conocimiento y la reflexión en la acción, condiciones que únicamente pueden converger a través de la práctica. Ahora bien, no se omite recordar que el legislador previno la posible falta de experiencia del defensor y por ello consideró que el órgano jurisdiccional pudiera retirar del cargo a aquel que mostrare una manifiesta y sistemática incapacidad técnica en la materia penal. Por lo cual es menester señalar que la demostración de posesión de conocimientos o ignorancia, es propia de cada persona, en virtud que algunos seres humanos somos más hábiles para demostrar nuestro conocimiento y a otros nos cuesta mucho trabajo poner en práctica aquello que ya sabemos, sin embargo, esta investigación comulga en que dicha destreza o impericia no debe ser absorbida por el imputado al momento de ejercer su derecho a la libre elección de abogado defensor. Por el contrario, los superiores derechos de **debido proceso** y adecuada defensa deben prevalecer por encima de la libre elección de abogado defensor, lo cual, atento al Estado Constitucional de Derecho, es tutela del órgano jurisdiccional.

En consecuencia, esta investigación comulga que para garantizar el derecho de defensa adecuada que asiste al imputado, como presupuesto del debido proceso en un Estado constitucional de derecho, debemos reconocer que dicha defensa únicamente debe ser proporcionada por una persona que posea conocimientos jurídicos en la materia penal (sea abogado particular o abogado de oficio), que además deberá demostrar capacidad técnica en todas las etapas del proceso, lo cual implica un elemento formal, consistente en que el defensor acredite ser perito en derecho, y uno material, relativo a que, además de dicha acreditación, actúe diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados, es decir, que dicho defensor demuestre conocimientos técnicos para asesorar y apreciar lo que jurídicamente es conveniente para el imputado,

a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal que le permita estar posibilidad de hacer frente a la potestad punitiva del Estado. Características que son propias de aquel pasante que cuenta con credencial vigente, expedida por la Dirección General de Profesiones, que le autoriza ejercer con carácter de pasante la profesión de licenciado en derecho, por lo tanto, es loable dotarlo de la presunción de ser un conocedor del derecho, pues el elemento formal lo colma con la exhibición de la credencial vigente que le autoriza provisionalmente para ejercer la profesión de licenciado en derecho y el elemento material, en igualdad de condiciones que aquel profesional que cuenta con título registrado y cedula profesional con efectos de patente, solo puede demostrarse a través de la ejecución de los actos tendientes a controvertir la imputación, es decir, a través de la práctica, sin perjuicio que al notar el juzgador una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor en la materia penal, debe retirarlo del cargo, ya sea que el defensor cuente con título registrado y cedula profesional con efectos de patente o autorización para ejercer la profesión de licenciado en derecho expedida a su favor por la Dirección General de Profesiones;

Por lo que se sostiene que la defensa técnica, como presupuesto del debido proceso en un estado constitucional de derecho, no se vulnera con la asistencia jurídica del pasante que cuenta con credencial vigente, expedida por unidad administrativa correspondiente, que le autoriza ejercer provisionalmente la profesión de licenciado en derecho por un término no mayor a tres años, por el contrario, se vulneran los derechos humanos de acceso al trabajo y libre ejercicio de la profesión lícita en perjuicio dicho pasante, así como la libre elección de abogado defensor en perjuicio del imputado que exprese voluntad de ser representado por dicho pasante.

Por otro lado, no se omite señalar que la calificación de la capacidad para de salvaguarda la esfera de derechos del imputado, al encontrarse a cargo de la autoridad jurisdiccional que presida la etapa procesal penal en

donde nos encontremos, puede caer en falsa apreciación, toda vez que el defensor puede ser un virtuoso de la ley, sin embargo, la escases de los medios probatorios con los que cuente, la mala apreciación de los hechos por los testigos presenciales o de oídas, la aceptación de los hechos por el imputado, la escases de tiempo para leer y analizar la imputación de la presentación social y demás circunstancias que dejan un estrecho margen de actuación al defensor, pueden decantar en una errónea apreciación de la autoridad jurisdiccional y creer que el defensor no conoce la materia penal. Sin embargo, dicho supuesto no es materia de la presente investigación, por lo que no se entrara al estudio de fondo.

3.6 PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Es por todo lo anterior que en el presente subcapítulo se propone que el Código Nacional de Procedimientos Penales sea sometido a un proceso de reforma, mediante el cual se reincorpore, principalmente la figura jurídica de pasante de derecho, y simultáneamente, a todos los demás autorizados que señala la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio Profesional en el Distrito Federal y el reglamento de dicho ordenamiento legal federal, es decir a aquel autorizado con calidad de título en trámite.

En virtud que se asegura que con las referidas adiciones se protegen mejor los derechos humanos de igualdad ante la ley y no discriminación, libre elección de abogado defensor, acceso al trabajo y libre ejercicio de la profesión lícita, sin colocar en un estado vulnerable los derechos humanos de debido proceso y adecuada defensa, toda vez que dichos autorizados no escaparían del constante escrutinio de la autoridad jurisdiccional y su facultad para retirar del cargo al defensor que muestre una constante y manifiesta incapacidad técnica.

Para lo cual se adicionen los artículos 17, 66, 113, 115 y 116, en la parte que en el presente capítulo se subraya, para quedar como sigue:

Artículo 17. Derecho a una defensa y asesoría jurídica adecuada e inmediata

La defensa es un derecho fundamental e irrenunciable que asiste a todo imputado, no obstante, deberá ejercerlo siempre con la asistencia de su Defensor o a través de éste. El Defensor deberá ser licenciado en derecho o autorizado por la unidad administrativa correspondiente, con cédula profesional o autorización provisional vigente.

Se entenderá por una defensa técnica, la que debe realizar el Defensor particular que el imputado elija libremente o el Defensor público que le corresponda, para que le asista desde su detención y a lo largo de todo el procedimiento, sin perjuicio de los actos de defensa material que el propio imputado pueda llevar a cabo.

Artículo 66. Intervención en la audiencia

En las audiencias, el imputado podrá defenderse por sí mismo y deberá estar asistido por un abogado titulado con cédula profesional o por un autorizado con credencial vigente, expedida por la unidad administrativa correspondiente, que haya elegido o se le haya designado como Defensor.

Artículo 113. Derechos del imputado

El imputado tendrá los siguientes derechos:

XI. A tener una defensa adecuada por parte de un licenciado en derecho o abogado titulado, con cédula profesional, o un autorizado con credencial

vigente, expedida por la unidad administrativa correspondiente, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención y, a falta de éste, por el Defensor público que le corresponda, así como a reunirse o entrevistarse con él en estricta confidencialidad;

Artículo 115. Designación de Defensor

El Defensor podrá ser designado por el imputado desde el momento de su detención, mismo que deberá ser abogado titulado con cédula profesional o autorizado con credencial vigente, expedida por la unidad administrativa correspondiente. A falta de éste o ante la omisión de su designación, será nombrado el Defensor público que corresponda.

Artículo 116. Acreditación

Los Defensores designados deberán acreditar su profesión ante el Órgano jurisdiccional desde el inicio de su intervención en el procedimiento, mediante cédula profesional o autorización legalmente expedida por la autoridad competente.

3.7 PROPUESTA DE REFORMA A LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 5º CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO PROFESIONAL EN EL DISTRITO FEDERAL Y EL REGLAMENTO DE DICHO ORDENAMIENTO LEGAL FEDERAL.

a) De manera adyacente con la propuesta de reforma al Código Nacional de Procedimientos Penales, en este subcapítulo también se propone que la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio Profesional en el Distrito Federal se someta a un proceso de reforma, con el objeto de una mejorar la protección de los derechos humanos de debido proceso y adecuada defensa, se aumenten las exigencias actualmente requeridas para que la

Dirección General de Profesiones extienda una credencial en donde se precise la vigencia de la autorización provisional para ejercer la profesión de licenciado en derecho.

Para lo cual se adicione el artículo 30 en la parte que en el presente capítulo se subraya, para quedar como sigue:

Artículo 30.- La Dirección General de Profesiones podrá extender autorización a los pasantes de las diversas profesiones para ejercer la práctica respectiva por un término no mayor de tres años.

Para los efectos de lo anterior, se demostrará el carácter de estudiantes, la conducta y la capacidad de los mismos, con los informes de la facultad o escuela correspondiente, siendo presunción contraria a ella el tener un promedio inferior a 8.

En cada caso darán aviso a la Secretaría de Educación Pública y extenderán al interesado una credencial en que se precise el tiempo en que gozará de tal autorización. Al concluir dicho término quedará automáticamente anulada esta credencial. En casos especiales podrá el interesado obtener permiso del Secretario de Educación Pública para prorrogar la autorización, por el tiempo que fije dicho funcionario.

b) Así como también proponemos que el Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativo al Ejercicio Profesional en el Distrito Federal se someta a un proceso de reforma, el cual para efectos prácticos quedara subrayado, para quedar como sigue:

Artículo 52. La práctica profesional de los pasantes se autorizará por la Dirección General de profesiones cuando se satisfagan los requisitos siguientes:

a) Ser alumno actual de un plantel profesional o no tener más de un año de concluido los estudios;

b) Haber concluido el primer año de la carrera en las de dos años, el segundo en las de tres y cuatro años y el tercero en las de mayor duración;

c) Ser de buena conducta;

d) Haber concluido satisfactoriamente el servicio social o prácticas profesionales;

e) Poseer la competencia necesaria siendo presunción contraria a ella el tener un promedio inferior a 8;

f) Someterse al consejo y dirección de un profesionista con título requisitado conforme a la ley.

Como se ha dicho antes, las adiciones subrayadas en el presente subcapítulo proporcionarían un mejor escenario para una mayor protección a los derechos humanos de debido proceso, defensa adecuada, libertad de elección de abogado defensor, igualdad y no discriminación y libertad de ejercicio de la profesión lícita en virtud que en ellas se propone:

I) El aumento en el promedio escolar, elevándolo del actual 7 a un 8, toda vez que éste tiene la carga de ser la presunción de la competencia del pasante; y

II) Se adicionan los requisitos de haber concluido satisfactoriamente el servicio social y prácticas profesionales, toda vez que esta investigación considera que tanto el servicio social como las prácticas profesionales son los primeros acercamientos al ejercicio profesional y por supuesto con los que

debe contar todo profesionalista, en virtud que en ambos casos se saca al estudiante de las aulas para que comience a sumergirse en el extraordinario mundo de la práctica profesional.

3.8 VENTAJAS QUE REPRESENTARÍA EJERCER LA PROFESIÓN DE LICENCIADO EN DERECHO CON AUTORIZACIÓN PROVISIONAL DE PASANTE.

Por último se presenta al lector aquellas ventajas que representaría ejercer la profesión de licenciado en derecho con autorización provisional expedida por la Dirección General de Profesiones, por supuesto, cumpliendo los requisitos propuestos en las reformas que se establecen en la presente investigación. Mismas que se señalan a continuación:

1) Primer ventaja. Continuar con la formación de profesionales en materia penal. Pues de lo contrario, los pocos expertos en dicha área jurídica que existen en la actualidad, serían los únicos que pudieran ejercerla, y en el momento mismo que se retirara de la actividad litigante el último de ellos, ya no quedaría algún licenciado en derecho que pudiera salvaguardar la esfera de derechos del imputado; o sin ir tan lejos, podríamos presuponer, con gran porcentaje de certeza, que poco a poco se iría reduciendo el número de licenciados en derecho que se atreverían a ejercer el área penal, donde muchos de ellos se desmoralizarían al ser retirados del cargo de defensor del imputado y jamás volverían a intentar defender la esfera de derechos de este último, hasta llegar el momento en que sea los existentes no fueran suficientes para cubrir la demanda social. Todo vez que no tuvieron un práctico competente que les mostrara el camino correcto.

2) Segunda ventaja. Que el imputado pueda elegir libremente, entre aquellos concedores del derecho, a aquel que considere más adecuado a sus exigencias y posibilidades económicas. Toda vez que la experiencia laboral

indica que, en algunos supuestos, el pasante de derecho resulta más adecuado para el asunto encomendado que un abogado titulado, en virtud que el pasante de derecho no cuenta con demasiados asuntos que absorban su tiempo laboral, lo que resulta en mayor dedicación y esfuerzo a los pocos asuntos que tuviere, así mismo la cantidad pecuniaria que por dicha actividad recaudaría serian más bajos en comparación de aquel abogado titulado.

3) Tercer ventaja. Que la sociedad contara con más y mejores prácticos expertos en el área penal. En virtud que una mayor competitividad en materia penal obligaría a los abogados a desempeñar mejor su actividad, a buscar especializaciones, etc., lo cual haría real la tan anhelada protección a la esfera de derechos del imputado, entre ellos, el debido proceso y la adecuada defensa.

CONCLUSIONES.

Primera.- La abogacía surgió en las antiguas civilizaciones debido a la necesidad del desvalido (desconocedor de las leyes) de ser representado o defendido ante el órgano que pretendía modificar su esfera de derechos; no era imprescindible la formación jurídica, por lo que cualquier persona podía ser llamado a defender; es a través del paso de tiempo que la actividad se fue reglamentado, sin embargo, las exigencias no fueron siempre en línea ascendiente, en algunas épocas se daban pasos hacia adelante y en algunas otras hacia atrás, tal como en el caso que nos ocupa. La pasantía fue, en los albores de la Constitución nacional, uno de los requisitos para recibirse de abogado, sin embargo, en 1945 con la entrada en vigor de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional Relativo al Ejercicio de las Profesiones, se dejó establecido como único requisito poseer título profesional, eliminando así la exigencia de la pasantía, pero también se permitió a aquel pasante ejercer provisionalmente, hasta por un periodo de tres años, la profesión, derecho que continua vigente y que a todas luces es trasgredido con la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Segunda.- Ahora bien, si bien es cierto, el debido proceso es un derecho humano que debe ser respetado por todas las naciones en el ámbito de sus competencias, también es cierto que el mismo debe asociarse con la idea del juicio justo y su entendimiento como un punto de referencia para juzgar la legitimidad de la actuación de todas las autoridades, no como un instrumento para cometer arbitrariedades en perjuicio de los gobernados (no autoridades) que actúan dentro del marco de la ley. A toda costa se debe impedir caer en la famosa frase que Caballero Juárez José Antonio acuñó: “en América Latina todo cabe en el debido proceso sabiéndolo acomodar.”

Tercera.- La defensa técnica, como presupuesto del debido proceso en un Estado Constitucional de derecho, no se vulnera con el ejercicio del pasante de derecho que cuenta con credencia vigente expedida por la Dirección General de Profesiones. Por el contrario, la decisión tomada por el legislador federal, relativa a desfasar la figura jurídica de pasante de derecho, transgrede el derecho humano de igualdad y no discriminación, así como los diversos derechos de libre ejercicio de la profesión lícita y en algunos casos la libertad de elección de abogado defensor, en perjuicio del pasante de derecho e imputado respectivamente.

Cuarta.- Resulta inconcuso que el Código Nacional de Procedimientos Penales debe someterse inmediatamente a un proceso de reforma, mediante la cual se modifiquen los artículos 17, 66, 113 fracción XI y 115, con el objeto de reincorporar la figura jurídica de pasante de derecho con credencial vigente expedida a su favor por la Dirección General de Profesiones, como posible defensor del imputado frente la actividad punitiva del Estado. En virtud que la figura de pasante de derecho que posee credencial vigente expedida a su favor por la unidad administrativa correspondiente, no pone en riesgo, por sí misma, la esfera de derechos del imputado, ya que dicha persona acredita poseer la competencia necesaria para asumir la defensa al momento mismo de obtener, de la Dirección General de Profesiones, credencial de pasante de derecho.

Quinta.- No se omite mencionar que el órgano jurisdiccional cuenta con la obligación de permanecer en constante escrutinio del defensor –abogado titulado o pasante de derecho- y en caso que éste demuestre una constante y manifiesta incapacidad técnica aquel inmediatamente debe retirarlo de dicho cargo.

FUENTES CONSULTADAS.

ARCE GURZA, Francisco, Historia de las profesiones en México, Primera Edición, México 1982.

ARTEAGA NAVA, Elisur, Garantías Individuales, segunda impresión, Oxford University Press, México 2009.

AZERRAD, Marcos E., Ética y Secreto Profesional del Abogado, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2007.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, et al., La Defensa en el Sistema Acusatorio, Flores Editor y Distribuidor S.A. de C.V., México 2014.

CABALLERO JUAREZ José Antonio, El Debido Proceso: una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas, Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado. México 2014.

CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21ª edición., t. 1, Heliasta, Argentina 1989.

CARRONE, José Alberto, Diccionario Jurídico, t. I., AbeledotPerrot, Argentina 1986.

CAROCA, Alex, Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Sistema Procesal Penal, Editorial jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 2000.

CRUZ BARNEY, Óscar, Aspectos de la Regulación del Ejercicio Profesional del Derecho en México, Ed. Trant lo Blanch, México, 2013.

DE LA PLAZA, Manuel, Derecho Procesal Civil, tercera edición, volumen I, Publicaciones de Derecho Privado, España 1951.

ESCRICHE, Joaquín, diccionario de legislación y jurisprudencia, Ed. Temis, Bogotá Colombia, Tomo II 1977.

FERDINAND CUADROS VILLENAS, Carlos, Ética de la Abogacía para la Liberación, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú 1975.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), Diccionario de Derecho Procesal Constitucional Y Convencional, Tomo I, Primera Edición, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México 2014.

FIX ZAMUDIO, Héctor, Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica, instituto de investigaciones jurídicas-UNAM, México, 1974.

GÓMEZ LARA, Cipriano, La teoría General del Proceso y sus conceptos generales, en Ensayos jurídicos en memoria de José María Cajica Camacho, Puebla, Cajica, Volumen I, México 2002.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Francisco, Derecho y Ejercicio Profesional, Trillas, México 2004.

MAYAGOITIA, ALEJANDRO, Juárez y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Libertades en jaque en el México liberal, Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México, Vol. XX, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 155 y 1556, nota al pie 23.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, Diccionario para Juristas, T.I., Editorial: Porrúa, México, 2000.

PEREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, Representación, Poder y Mandato, décimo tercera edición, Porrúa, México 2006.

PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, et al., El derecho humano al debido proceso: Sus dimensiones legal, constitucional y convencional, Tirant lo Blanch, México 2014.

RENGIFO CUELLO, Cesar Augusto, El Derecho de Defensa y la Defensa Técnica, Ed. Leyer, Bogotá Colombia 1998.

RODRÍGUEZ CAMPOS, Ismael, La Abogacía como Profesión Jurídica, quinta edición, Trillas, México 2013.

SAAVEDRA ROJAS, Edgar, Constitución, Derechos Humanos y Proceso Penal; las normas rectoras del proceso penal, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fe de Bogotá, Colombia 1995.

Sagrada Biblia. Libro de Daniel. Biblioteca de los autores cristianos, Edición Católica S.A. Madrid, 1962.

SCHÖN, Doanld, La formación de profesionales reflexivos: Hacia un nuevo diseño de la enseñanza y el aprendizaje en las profesiones, traducción y revisión técnica de Lourdes Motero, edición Paidós Ibérica S.A., Barcelona, España, 1987.

TORRES DÍAZ, Luis Guillermo, Teoría General del Proceso, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1994.

VAZQUEZ, Josefina Zoraida, Historia de la Profesiones en México, Primera Edición, México 1982.

VELÁZQUEZ VELÁZQUEZ, Fernando, Derecho Penal; Parte General, Santa Fe de Bogotá, Temis S.S., 1994.

LEGISLACIÓN:

- 1) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TRATADOS INTERNACIONALES:

- a) Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica)
- b) Declaración Universal de Derechos Humanos
- c) Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

- 2) Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal

- 3) Reglamento de la Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional relativo al ejercicio profesional en el Distrito Federal

- 4) Código Nacional de Procedimientos Penales

- 5) Ley Orgánica de la Administración Pública Federal