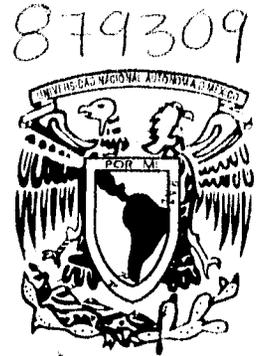




UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

ESCUELA DE DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Clave: 8793-09

12
24

"BASES TECNICAS PARA UN PROGRAMA DE
EXCARCELACION EN EL ESTADO DE GUANAJUATO."

T E S I S

Que para obtener el título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

FRANCISCO JAVIER FUENTES URIBE

Celaya, Gto.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Agosto de 1996.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

DEDICO ESTA TESIS A...

*Soy el fruto de aquel árbol que
elevo sus ramas muy cerca del cielo,
para darme vida y todos sus anhelos,
me acaricio con sus ramas
y bajo su sombra poco a poco fue creciendo,
bendita la obra del que admiro y quiero.*

A MI PADRE :

SR. FRANCISCO FUENTES MORENO.

Por su apoyo en todos los sentidos, para lograr este objetivo, quien mas que un padre ha sido un gran amigo durante toda mi vida, y sabe que los logros obtenidos en nuestra familia son gracias a usted.

! Lo quiero mucho)

A MI MADRE :

SRA: MA. MARIA URIBE DE FUENTES.

A quien le agradezco el carácter de mantener siempre unida nuestra familia y apoyar en todo las decisiones que junto con mi padre han tomado para el bienestar mio, de mi familia y de mis hermanos.

!! La Quiero Mucho !!

A MI ESPOSA :

SRA: BEATRIZ HERNANDEZ DE FUENTES.

A ti que conoces como soy, que conoces mi silencio, mi coraje.

A ti que con tu ejemplo de superación, influyo en mi el animo y el deseo de la superación personal, con tu amor y entereza supo apoyarme en cada momento.

A ti mujercita, que has confiado en mi, todo mi respeto, todo mi amor para ti.

AMIGGA :

OSIRIS.

Que con sus risas y alegrías calmaron momentos difíciles y pude encontrar el camino adecuado para realizarme en esta carrera.

Por los momentos ausentes que no pude disfrutar contigo por razón de mi preparación.

! Eres uno de los motivos mas importantes para seguir adelante !

A MIS HERMANOS :

A Claudia Sugay, Con todo el sentimiento que nos mantendrá unidos a pesar de cualquier cosa.

A Omar, Porque mas que mi hermano eres mi mejor amigo, esperando que sigas mi humilde ejemplo y no claudiques.

AMIS AMIGOS :

*PEDRO VALADEZ C.
JUAN C. GUILLEN
JUAN CARRERA T.
MAURICIO "EL MOSTER"*

Y a toda la banda y demás personas que por razones de espacio no puedo nombrar, que de una u otra forma contribuyeron para que pudiese terminar mi carrera, y me apoyaron moralmente para la finalización de este trabajo.

AGRADECIMIENTOS A

AMI ASESOR :

LIC. ROGELIO LLAMAS ROJAS.

A Porque su paciencia, apoyo y el tiempo que me brindo, fue posible la realización del presente trabajo.

A TODOS MIS PROFESORES .

Quienes con sus conocimientos ayudaron a que se ampliara este acervo y con mucho o poco ayudaron a la terminación de esta etapa de mi vida.

A MIS COMPAÑEROS :

*Por los momentos que pasamos juntos como estudiantes y los que pasaremos
como profesionistas.*

AL LIC. J. FELIPE ALONSO DELGADO M. :

Por los sabios consejos en mi practica profesional.

Gracias.

A LOS SRES.

*FRANCISCO JAVIER ALEJOS DE LA FUENTE
IRITING JAVIER ARREDONDO RAMÍREZ*

Por el tiempo brindado en la transcripción completa del presente trabajo.

(Gracias)

A LOS QUE NUNCA CREYERON EN MÍ :

Porque gracias a su incredulidad, fue motivo suficiente para lograr una sola de mis metas, y les pido que sigan así para superarme aun mas.

! No Gracias !

I N D I C E

"BASES TÉCNICAS PARA UN PROGRAMA DE EXCARCELACIÓN EN EL ESTADO DE GUANAJUATO"

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I.- CONCEPTOS GENERALES.

1.- Antecedentes históricos del derecho a la defensa.....	1
2.- Concepto de defensor.	9
3.- Garantía constitucional de defensa.....	12
4.- La institución de la defensoría de oficio.....	19

CAPITULO II.- EL DEFENSOR DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL.

1.- Participación del defensor en la averiguación previa.....	34
2.- Participación del defensor en el proceso penal.....	37
3.- Obligaciones del defensor de oficio y sus responsabilidades.....	43
4.- Retribución económica.....	46

CAPITULO III.- EL DEFENSOR DE OFICIO EN EL DERECHO EJECUTIVO PENAL.

1.- Las sanciones penales, su clasificación.....	53
2.- La individualización de la pena.....	57
3.- Sistemas de tratamientos penitenciarios.....	64
4.- Organos del derecho penal ejecutivo y su función.....	70

CAPITULO IV.- LA BASE TÉCNICA DE UN PROGRAMA DE EXCARCELACIÓN.

1.- La judicialización de la pena.....	74
2.- Fundamentos de la excarcelación.....	83
3.- La ley orgánica de la defensoría de oficio frente a la actividad del poder ejecutivo.....	89
4.- Reglamento para un programa de excarcelación.....	93

CONCLUSIONES.....	100
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	107
-------------------	-----

I N T R O D U C I O N .

La cárcel siempre ha sido sinónimo de castigo, de venganza pública y a veces también como signo del ejercicio del poder punitivo estatal. Y así, para nadie pasa desapercibido que en ese lugar de hacinamiento se guarda lo que se considera es, será y ha sido la escoria humana, claro que antes de entrar a la prisión, el delincuente se vuelve el personaje más importante del proceso solo que una vez fijada la condena ese protagonismo queda en el olvido.

Ciertamente, el penalista se preocupa por el devenir del reo en la medida justa de su orientación penitenciaria, bien sea retribucionista, preventivista o humanista; sin embargo, no se trata exclusivamente que el sentenciado sea sometido a una terapia durante su reclusión sino que mirando hacia su horizonte sea sujeto de ayuda a fin de transformarlo -al menos- en una persona con índice óptimo de resocialización.

A través de una adecuada intervención del Estado ha de preocuparse de dejar en prisión solo aquellos cuya conducta realmente se estime grave. No se trata de vaciar las prisiones pero sí de evitar otro fenómeno como lo es la llamada "contaminación penitenciaria", que no se fomenten sentires y afanes que hagan de la cárcel las grandes "Universidades del Crimen" que ahora son. La intención es simple: la efectividad del principio de inocencia y la reclusión de los que cometan delitos graves.

Por eso, la idea de dar vida a un "Programa Estatal de Excarcelación, que por supuesto, debe tener un sustento jurídico - social.

De ese modo, dividí el presente trabajo de investigación en cuatro capítulos siendo el primero "Conceptos Generales" la parte destinada a la fijación del concepto defensor en la extensión de su sentido, de tal suerte que, nos permita adentrarnos en el conocimiento de lo que es la garantía de defensa, hasta llegar a la institución formada por el Estado y que conocemos como la Defensoría de Oficio, sus alcances, sus metas pero también sus naturales carencias. Este ser un plano meramente descriptivo.

Para el segundo capítulo "El Defensor de Oficio en el Proceso Penal" me aboco al estudio básico de la participación activa de este personaje procesal, que como servidor público está obligado a prestar gratuitamente sus servicios al necesitado que confía en el su libertad.

El tercer capítulo "El Defensor de Oficio en el Derecho Ejecutivo Penal" parece ser una forma de que la actividad de este servidor rebasa la barrera del proceso penal, pero no es así, al contrario, durante la prisión preventiva, es precisamente el defensor el único protagonista del drama penal que está en contacto frecuentemente con el detenido, luego entonces, debe estar pendiente del desenvolvimiento del recluso en prisión y esa responsabilidad debe ser superlativa cuando ya se ejecute por sentencia firme la pena.

Finalmente en el capítulo cuarto "La Base Técnica de un Programa de Excarcelación", comentar, lo que me parece una idea innovadora como lo es la tendencia a judicializar la pena, aunque he de precisar no se trata de formar un aparato burocrático si no más bien de hacer justa la sanción, consecuentemente han de citarse las necesidades legales para dar sostén a este programa y por ende, fijar su reglamentación.

Hasta aquí es poco que esta inquietud pueda encontrar eco en las autoridades penitenciarias y que entonces el reo no solo sea parte del proceso penal, sino la materia del cuidado y transformación durante su reclusión, donde el respeto a su dignidad personal sea la premisa y constante de su evolución.

El cometido principal, aunque no el único, del defensor es la defensa. No se discute en la actualidad si el derecho a la defensa es o no un derecho natural. La disquisición se enfoca más a tratar de definir que es la defensa, y esto importa mucho en nuestra época, en la cual aun se sostiene conceptos y prácticas aberrantes.

Dos son cuando menos las acepciones que la voz defensa tiene en el derecho procesal:

- a) Como actitud del demandado a oponerse a los hechos (causa pretendí) invocados por el actor, actitud consistente en oponerse hechos impeditivos, modificativos o extintivos.

b) Como cualquier actitud (legal) tendiente a sostener un derecho de libertad alegado.

En este amplísimo sentido, la defensa del imputado, como reacción, tiende a interrumpir la seriación, a contrapretender, anular, modificar o aclarar hechos, incluso a oponerse a las razones legales.

Salvo excepciones, en la generalidad de los estudiosos, se confunde la defensa con el defensor, esto es, la función con el sujeto que puede realizarla.

En el ambiente curialesco y postulante - especialmente el mexicano, salvo excepciones- se palpa el aberrante criterio de que la defensa es conceptuada como una misión que tiende a demostrar que "lo negro es blanco". Multitud de defensores le llaman defensa a actividades tales como sobornar a jueces y secretarios, inventar testigos, pruebas y hechos inexistentes. Urdir la mentira, engañar a la justicia, fraguar mecanismos para escapar al proceso, poner en prepráctica triquiñuelas, etc., son algunas de las características que pretende cobijar al amparo de la defensa.

Por desgracia, esos seudodefensores olvidan que convierten su noble misión en verdadera delincuencia. Ni nuestra ley, ni ley alguna, ni la ciencia del derecho permiten o toleran que al amparo de la función de la defensa los defensores se conviertan en autores intelectuales de delitos de cohecho, falsedad en declaraciones, etc. La actividad de la defensa lleva como respaldo a la propia ley, la legalidad. La idea de defensa solo puede ser forjada en el marco conceptual de la legalidad..

Ciertamente la defensa es una función, una actividad que, enarbolando la bandera de la legalidad, debe tratar de impedir que durante la aplicación de la ley se cometan excesos. la defensa ha de impedir que el funcionario se extralimite en sus funciones legítimas y ha de aclararle lo que le es confuso a lo que ignora.

En un sentido todavía mas amplio, la defensa no solo es actividad de los órganos de la defensa, sino pasividad. Así, también legalizada dentro de la defensa, cabe el omitir proporcionar ciertos datos que de otra manera serian perjudiciales. Esto esta apoyado por aquellos textos legales que conceden al imputado el derecho a callar (no declarar en su contra), o al defensor a guardar el secreto profesional.

Es el derecho de defensa un derecho autónomo con respecto al derecho material; es decir, que aun cuando no le asista al imputado un derecho material (el derecho a la legitima defensa, el derecho a ejercer un derecho, el derecho a cumplir un deber), el derecho de defensa, existe.

El derecho contradictorio supone a la vez, de manera necesaria, una pretensión; es decir, la pretensión del imputado (demandado). A esta pretensión del demandado también se le conoce como contrapretension.

En México el sistema es mixto, comenzando porque nuestra Constitución permite que la defensa la realice el propio imputado o su defensor. Los sistemas que permiten un defensor solo en algunas fases procesales, hasta aquellas en las que le da facultades de intervención en todas las fases. Se encuentran en estas direcciones, a la vez, la posibilidad de nombrar defensor, hasta la legislación que no admite proceso sin asistencia de defensor. Es decir, permitida la posibilidad de que la defensa también la puede realizar una persona ajena al imputado, la asistencia conocida puede ser de dos tipos:

a) Precindible o facultativo, en que el proceso es valido, con o sin defensor, aunque es tolerable que se intervenga. Aquí solo existe la posibilidad de que el proceso soporte un defensor.

b) Imprescindible u obligatorio, en que el defensor es imprescindible, a grado tal que esta considerado como sujeto procesal indispensable. Ningún proceso puede carecer de defensor. De los abogados (específicamente de los defensores), dice Guarnieri : "igual que de las mujeres, es mas fácil hablar mal que prescindir de ellos".

En México, las leyes establecen el sistema de imprescindibilidad u obligatoriedad (en el proceso judicial), a grado tal que aun contra la voluntad del enjuiciado debe el tribunal designarlo, e inclusive sancionar como nulo el acto procesal al que no se hubiere llamado al defensor.

El patrocinio a procesados cuando estos carecen de defensor surgió inicialmente como expresión de caridad, e inclusive con carácter religioso, para luego institucionalizarse como derecho del imputado

El defensor de oficio debe diferenciarse del llamado abogado de pobres. Mientras que al primero no le debe importar si el imputado posee o no bienes, el segundo atiende a los menesterosos. El primero actúa, además, debido a la imprescindibilidad de la defensa, cosa que no ocurre en el segundo caso.

Por desgracia, la defensoria de oficio ha sido hasta hoy la dependencia mas olvidada de cuantas posee el gobierno, a grado tal que la prometida lista de defensores que el juez debe proporcionarle al imputado, en el mejor de los casos se reduce a una sola persona. El presupuesto económico asignado a la defensoria de oficio en México, no se acerca ni al 2% de lo que se otorga al Ministerio Publico.

La defensa de oficio debe implicar en México la asistencia letrada, obligatoria y gratuita. Letrada, porque debe ser proporcionada por un especialista en derecho (por lo menos licenciado en derecho); obligatoria por ser imprescindible; y gratuita por estar exenta de costas a cargo del beneficiario.

CAPITULO I
CONCEPTOS GENERALES

SUMARIO : 1) *Antecedentes históricos del derecho a la defensa.* 2) *Concepto de defensor.* 3) *Garantía Constitucional de defensa.* 4) *La Institución de la defensoría de oficio.*

1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

El sistema jurídico mexicano, al menos en la teoría se ha preocupado por garantizar los derechos del individuo, fiel, en última instancia, a los principios humanistas derivados del liberalismo imperante en los pensadores cuya influencia incidió en forma importante desde mediados del siglo pasado.

Buen número de las instituciones y figuras políticas mexicanas fueron extraídas de los conceptos e ideas puestas en marcha en países adelantados a su tiempo en su desarrollo social y político. Hubo de hacer en nuestro país las adaptaciones necesarias para poder transplantarlos y adaptarlos a una realidad distinta a la de la sociedad de origen. Nacieron de esta suerte las nuestras, con sus propias características como producto de la historia, cultura y formación social que caracteriza al pueblo mexicano.

Las ciencias penales en México tuvieron decisiva influencia del pensamiento italiano, francés y últimamente alemán cuyos principios, lo mismo que el producto de su experiencia, se plasmaron en los códigos para darles la nacionalidad mexicana, desapareciendo el tinte de ajenidad, después de lustros en que la práctica les dio las modalidades y adelantos que a su vez reforzaron la idea primaria y a veces hasta llegaron a superarla, de modo que las hacen identificarse con el pueblo al que norman.

El proceso penal mexicano, antes de lograr la fisonomía que actualmente tiene, hubo de transitar durante buen número de años por diferentes fases. La experiencia, y ante todo el desarrollo social fueron determinantes para lograr el diseño del actual procedimiento; por otro lado, muy propio del país, con las singularidades que acusan una compleja realidad, es el proceso de suyo producto del momento político y social de la vida colectiva.

Es indispensable, para situar debidamente la participación del defensor en las diligencias practicadas por el Ministerio Público durante el periodo de la averiguación previa, remontarse, aunque sea brevemente, a considerar algunas de las particularidades del Proceso Penal en general, tal y como lo concibe la legislación en vigor.

Tiene el proceso penal como finalidad primordial realizar la justicia, entendiéndose esta como el supremo valor, la aspiración prima de la humanidad. Tiene, en esas condiciones, a establecer, después de llevar a cabo la investigación minuciosa que determine la complejidad de los hechos, la existencia de premisas verdaderas para poder juzgar al culpable. Por ello el proceso, está constituido por diversos actos que llevan a la aplicación de las leyes en los casos concretos puestos a consideración del juzgador.

Para el diseño de las normas procesales fue decisiva la participación de las ideas contenidas en el Código francés, que enmarca tres estadios: la averiguación de los hechos, la responsabilidad del imputado y la determinación de la verdadera configuración de la personalidad de quien se juzga.

La necesidad del proceso penal, tiene su razón en que el Estado mexicano es un Estado de Derecho, sometido al mismo derecho, este es el principio de legalidad, del que a su vez se deriva la existencia misma del Estado y sus limitaciones. El Estado, en su esencia, contiene el deber de mantener el orden jurídico, facultado solo a castigar en los casos señalados por la Ley y mediante la aplicación de las normas establecidas para ello. Todo esto lleva a concluir, aunque de ninguna manera de forma exclusiva por lo que respecta al proceso penal, que el Derecho y su aplicación tiene como fin superior la convivencia pacífica de la sociedad a la que reúne.

Se distinguen en el proceso penal tres momentos, todos tendientes al esclarecimiento de la verdad y al castigo del inculpado, el primero, con claro carácter administrativo por la naturaleza de la relación en las partes que en ella intervienen, se ventila ante el ministerio público, teniendo las diligencias seguidas ante el, un carácter preparatorio. En segundo, lo constituye la institución donde la figura preponderante es el juez; y la última es la conjuntiva en palabras del doctor Sergio García Ramírez, que se inicia con el acto de acusación.

"Para colmar la aspiración de justicia que el Proceso Penal entraña, en todas sus instancias habrá de tener en cuenta que los derechos del inculpaado, humanos en lo general y garantías consagradas en la Constitución en lo particular, quedan debidamente asegurados y cuidados. De lo contrario todo el procedimiento mediante el cual una persona es sometida a la jurisdicción del Estado para determinar los aspectos de la culpabilidad que lo harían acreedor al castigo, no tendrían la fundamentación requerida por el principio de legalidad. En países como el nuestro donde la administración de justicia arrastra vicios cuyo origen proviene de las profundidades de la raíz histórica, el procedimiento normal del órgano a cuyo cargo se encuentra la fase anterior al proceso, la averiguación previa no se distingue precisamente por el trato humano y respetuoso del indiciado, aunque es de apuntarse una corriente notable tendiente a mejorar. Por las características del tema que se desarrolla, es lugar propicio para señalar como la antigua tortura ha ido tornándose en sofisticada forma de reducir declaraciones con la pretensión de encontrar en ellas la verdad".(1)

El Proceso Penal, al ser el camino instituido que concluire con la eventual pérdida de la libertad del inculpaado, debe ser el espejo donde la justicia presente su cara limpia de intocable pureza, debido a su motivo central: encontrar la verdad verdadera.

Considerando que el Proceso es la relación jurídica en la que se dan determinadas reglas del procedimiento tendientes a obtener una respuesta del juzgador que ponga fin al conflicto, hay que distinguir que los actos llevados ante el ministerio público no forman parte del proceso sino tienen carácter preparatorio, actos previos, procedimentales que se desarrollan en el inicio precisamente de él. Es durante el desarrollo de esa etapa previa en la que se sitúa, para los fines del estudio la intervención del representante del inculpaado.

La razón jurídica del Estado tiene su base en el orden Constitucional que da vida a la estructura orgánica, estableciendo los límites mismos de la jurisdicción. Al derecho Constitucional lo conforman las reglas mediante las cuales se ejerce la autoridad, pero al mismo tiempo esas reglas al marcar el ámbito jurisdiccional, establecen las normas que debe el Estado respetar y que consagran derechos del individuo entre otros.

Para organizar el cuadro de defensa social el Estado plantea su política estableciendo los objetivos primordiales de ella frente al delito, sus metas y procedimientos diseñados para la prevención y castigo del crimen. En la justicia penal es en donde debe apreciarse la realidad con mucha mayor certeza buscando que la verdad no se

encubre con los tecnicismo legales y que se oscurezca la labor de defensa social y de justicia como primer fin del proceso.

Nace el proceso o se origina con la noticia de la existencia de una alteración de la vida ordinaria, de naturaleza descrita en los ordenamientos penales, en este primer caso no se requiere de la responsabilidad de alguna persona precisamente identificada. A este concepto la dogmática jurídico - penal lo ha llamado:- la aparición del hecho penalmente relevante.

El mecanismo que pone en marcha la jurisdicción del Estado para que resuelva sobre la culpabilidad o inocencia de determinado individuo a quien se le imputan hechos delictivos, se denomina acción. Constituye el Derecho para obtener un pronunciamiento del órgano jurisdiccional que resuelva sobre la cuestión litigiosa. En estos términos, respecto de la acción penal, la doctrina sostiene que es el derecho a que se castigue a quien ha infringido las disposiciones contenidas en las normas penales. Encierra la acción de un derecho, la manera abstracta de castigar al transgresor de los preceptos legales, derecho cuyo titular es el Estado, y el derecho concreto de sancionar a un delincuente; cabe señalar que dicha acción penal, tiene vigencia en forma autónoma, ajena al derecho abstracto y concreto de sancionar. Para la convivencia social, la colectividad como tal establece el catalogo de normas cuya transgresión se castiga en razón a la lesión de sus bienes jurídicos; su titular es la sociedad misma, derivándose de ello la calificación de publica, existando la actuación del Estado para que accione contra todos los participantes en la perpetración del delito siendo su desenlace final el juicio de reproche contenido en la sentencia.

El derecho de defenderse es aquel que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación.

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y valida administración de justicia dentro del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopolica el Ministerio Publico (artículo 21 constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que esta.

"El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes:

- 1) El derecho a ser informado de la acusación.
- 2) El derecho a rendir declaración.
- 3) El derecho a ofrecer pruebas.
- 4) El Derecho a ser careado y
- 5) El Derecho a tener defensor".(2)

Es necesario recordar que cada uno de esos derechos representa una conquista sobre los principios aplicables en el procedimiento inquisitorial, el cual era secreto, coacciona la confesión del reo mediante el tormento, limitaba su derecho a ofrecer pruebas y le negaba totalmente el de ser careado con sus acusadores y, por último condicionaba de tal forma la intervención del defensor que la hacía inútil.

Nicolau EYMERIC, inquisitor general de Aragón, escribió, a mediados del siglo XIV, una obra llamada Manual de Inquisidores, que resumía los procedimientos seguidos por la inquisición y que sirvió como regla de práctica y código criminal en todas las inquisiciones del orbe cristiano. Esa obra nos informa que el procedimiento era secreto para el reo y que, cuando finalmente, encontrándose lista la causa para sentencia, se le corría traslado de la acusación, esta se le comunicaba tan solo parcialmente, suprimiendo y deformando la información, con el expreso propósito de impedirle un conocimiento cabal de la misma.

"Dice EYMERIC: Cuando se da traslado de la acusación al reo es cuando mas particularmente es de recelar que adivine quienes son los testigos que contra, el han declarado. Los medios de precaverlo son los siguientes:

- 1.- Intervenir el orden en que estan sus nombres en el proceso, atribuyendo al uno la declaración del otro.

2.- Comunicar la acusación sin los nombres de los testigos, y aparte los nombres de estos, interpolando con ellos los de otros que no hayan declarado contra el acusado podrá comunicarse la acusación al reo suprimiendo absolutamente los nombres de los delatores y testigos, y entonces tiene que sacar por conjeturas quienes son los que contra, ha formado esta o aquella acusación, y recusarlos, o debilitar su testimonio, y este es el metodo que ordinariamente se practica. Son indispensables estas precauciones y otras semejantes, por que siendo el punto que mas importa preservar de todo riesgo a los testigos, se han de usar para ello todos los medios imaginables, para que no se enreden los delatores, de lo cual resultarían gravísimo perjuicios a la república cristiana. En esta parte, la practica de la Inquisición de España puede servir de dechado; en ellas se comunica la acusación, suprimiendo todas las circunstancias de tiempo, lugar y personas, y cuanto puede dar luz al reo para adivinar quienes son sus delatores".(3)

Dado el inviolable secreto en el que deberían quedar sepultados los nombres de los testigos que declaraban en contra del reo, resulta evidente que, en los tribunales de la Inquisición, jamas se conseguía a este el derecho de carearse con aquellos. Por ello, EYMERIC nos informa que: "...en el proceso de herejia no se sigue la practica de los demás tribunales, ni se carea al reo con los testigos, ni se le hace saber quienes eran estos, providencias todas tomadas en defensa de la fe".

Por lo que hace al defensor: la Inquisición consideraba que si el reo estaba confeso, era inútil nombrarlo; en caso contrario la propia Inquisición lo designaba, sin dejar al procesado ese derecho; su función principal era convencer a su defensor de que confesara; una vez lograda la confesión se revocaba al defensor, puesto que su función era ya inútil.

"Dice EYMERIC: cuando confiesa un acusado el delito por el cual fue preso por la Inquisición, es inútil diligencia otorgarle defensa, sin que obste que los demás tribunales no sea bastante la confesión del reo, cuando no hay cuerpo de delito formal. En punto de herejia, la confesión del reo basta por si sola para condenarle, porque como la herejia es delito del alma, muchas veces no puede haber de ella otra prueba que la confesión del acusado... Al acusado no se le señala abogado si no niega los delitos que se le imputan, y eso después de amonestarle por tres veces que diga la verdad. El abogado ha de ser varón justo, docto y celador de la fe. Le nombra el Inquisidor, y le toma juramento de defender al reo conforme a verdad y derecho, y le guarda inviolable secreto en cuanto viere y oyere. Ser su principal esmero exhortar a su cliente a declarar la verdad, y pedir perdón de su delito si fuere culpado... El preso no comunicara con el abogado, como no sea en presencia del inquisidor... no es lícito abogar en ningún modo ni en causa ninguna por hereje notorio; empero, cuando es todavía dudoso el delito de herejia, no estando aun convicto el acusado ni por

declaraciones de testigos ni por otra prueba legal puede el abogado con anuencia y autorización de la Inquisición, alegar en defensa del reo, haciendo juramento de que abandonar la causa así que se pruebe que es hereje su cliente, y esta es la loable practica de todos los tribunales de Inquisición".(4)

El hecho de que el defensor debe existir, incluso, sin ello es necesario, en contra de la voluntad del procesado, nos permite ya afirmar que no es un mandatario de este, puesto que el mandato es siempre libremente otorgado. Luego no debe regirse por las reglas del mandato ni ajustar sus actos a la voluntad del procesado.

Tampoco tiene el defensor el mero carácter de auxiliar a la administración de justicia; si así fuere, estaría obligado a violar el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculcado. Este es el concepto del defensor que consagraban la legislaciones de la Italia fascista y de la Alemania nazi, las cuales, como Estados totalitarios deseaban obligar al abogado a entregar su lealtad a los intereses del Estado, antes que a los intereses individuales de su cliente.

La moderna doctrina procesal reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja que le da caracteres de asesor del procesado, de representante y de sustituto procesal de este.

"Ya CARNELUTTI señalaba que: ...al defensor, en ciertos casos le compete el carácter de sustituto procesal ... GUARNERI afirma verdaderamente, el defensor penal tiene una naturaleza poliedrica, y unas veces se presenta como representante, otras como asistente y, finalmente, como sustituto procesal. Por su parte, LEONE afirma: contemplando al defensor en su configuración general, prescindiendo, por tanto, de aquellos casos en que la ley le confiere expresamente una posición de representación... nos encontramos en presencia de una serie de tentativas encaminadas a definirlo jurídicamente: representación; nunciatura; sustitución procesal; titularidad de un oficio; relación de intereses subordinados. Se trata de tentativas cada una de las cuales toca un aspecto del disputadísimo, pero incapaz de resolverlo en su integridad".(5)

El defensor es asesor del encausado en cuanto que lo aconseja, con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándolo sobre las normas substanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso. Asimismo, esta asistencia implica la vigilancia del abogado interviniente en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las incidencias y manifestando una atención constante hacia el curso del proceso. Por último, esta función se concreta a través de la presencia del abogado en todos aquellos actos que, como la declaración indagatoria, exigen el comparendo personal del imputado.

El defensor es representante y sustituto procesal del encausado puesto que actúa por sí solo, y sin la presencia de este, en un gran número de actos procesales, tales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, la interposición de recursos, la formulación de conclusiones, la demanda de amparo, etc.

A medida que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, aumenta la intervención del defensor y disminuye la del procesado, al grado en que apenas se requiere su presencia para algunos actos aislados de carácter personalísimo, tales como la declaración preparatoria por los careos. Luego se justifica la afirmación de que el defensor se ha convertido en el sustituto procesal del acusado.

2.- CONCEPTO DE DEFENSOR.

Lo correcto es definir cualquier concepto en forma positiva; sin embargo, dada la confusión que existe en cuanto a la naturaleza jurídica del defensor, es conveniente comenzar por precisar lo que no es:

El defensor no es un apoderado, representante o mandatario, porque puede actuar por si mismo, aun sin consultar a su defenso; porque puede interponer recursos aunque el inculpado no quiera interponerlos ya que la propia interposición es eficaz para abrir la instancia, ejercitando un derecho a nombre propio, por lo que no es un representante pues de serlo solo podría hacer la voluntad del procesado.

Tampoco es el defensor un mero auxiliar de la administración de justicia, porque si lo fuera estaría obligado a contribuir al descubrimiento de la verdad, aun en contra de los intereses de su defenso; por el contrario, el defensor no esta sujeto a esa obligación, aunque conozca la verdad de los hechos, pues su obligación es la de conservar el secreto profesional, y si faltase a ese secreto seria ilícito: Su interés es buscar siempre la mejor resolución para el inculpado aunque sepa que este es culpable.

Tampoco es el defensor una institución que complemente la capacidad de un procesado, porque este no es incapaz, y si lo fuera, tal incapacidad no desaparecería con la presencia del defensor.

Tampoco se limita la función del defensor a ser un simple asesor jurídico del inculpado, porque entonces los actos procesales podrían ser validos aun sin la presencia del defensor porque su asesoramiento no necesariamente tendría que hacerse en las audiencias, sino previo o colateral a ellas; en cambio, las audiencias en las que expresamente se señala la presencia del defensor se anulan si no se encontrare ahí.

La opinión mas generalizada es la de que el defensor es la persona que ejercita el derecho de defensa y que permite la existencia de un sistema acusatorio: En otras palabras, el defensor es esencial dentro del procedimiento, pues sin el no existe propiamente una relación jurídica procesal valida, pues a través de este se ejercitan los derechos de la defensa.

Con las reformas constitucionales y procesales recientes, el derecho de la defensa abarca tanto la etapa de averiguación previa, como el proceso en cuanto tal, y como garantía que es debe ser respetada tanto por el Ministerio público, como por el Juez, y esta obligación se vera cumplida no solamente con hacerle saber que tiene derecho a nombrar defensor, sino cuando efectivamente tenga un defensor, y es por eso que existe la defensoria de oficio, la cual interviene cuando el inculpado no quiera o no pueda nombrar persona de su confianza que lo asista, pues aquel tiene derecho, por disposición constitucional, a una defensa adecuada.

Nuestra Constitución, al establecer que deberá oírse al acusado en defensa , "por si o por persona de su confianza", tuvo sin duda la intención de dejar en sus manos una elección sin cortapisas y de prohibir a las autoridades que impidieran el libre nombramiento de defensor. No obstante, el abstenerse de señalar requisitos de capacidad en el defensor, la norma constitucional pone en peligro el derecho mismo de defensa que pretende proteger.

Ahora bien, la posibilidad técnica de ser defensor no solamente no esta abierta a cualquiera, sino que, dado que el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa.

El proceso penal mexicano, caracterizado por la casi desaparición del jurado popular y la entrega de las facultades jurisdiccionales a jueces profesionales, exige, consecuentemente , una mayor preparación técnica de los defensores. Carece de importancia, para estos fines, que se trate de defensores de confianza o de oficio.

Una razón mas para exigir que los defensores sean abogados es que el representante del Ministerio Público, en nuestro país, es siempre letrado; luego, se rompería la igualdad de las partes si no lo fuera el defensor.

Por lo que hace a la autodefensa, esta es inadecuada incluso en la hipótesis de que el procesado sea un experto en Derecho penal. En primer lugar porque, involucrado personalmente en el problema que trata de resolver y teniendo en juego la libertad, el honor y el patrimonio propios, el procesado carece de la tranquilidad de animo necesaria para actuar como su propio defensor. Enseguida porque, frecuentemente privado de su libertad por las medidas de prisión preventiva, el procesado carece de la movilidad indispensable para una defensa eficaz. Quien se defiende a si mismo tiene, en verdad, a un loco por cliente.

"Al respecto, el artículo 28 de la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal, tras confirmar la disposición constitucional diciendo que: "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", agrega: "Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores, no sean abogados, se le invitara para que designe, además, un defensor con título. En caso de que no hiciere uso de este derecho, se le nombrara que, respetando y reiterando el derecho constitucional a la libre designación de defensor, lo perfecciona al agregarle, además, un nuevo derecho; el de tener un defensor abogado".(6)

No obstante, es recomendable, dado el carácter local de la Ley de Profesiones, una reforma constitucional que consagre el derecho a que la defensa quede en manos de abogado.

3.- GARANTIA CONSTITUCIONAL DE DEFENSA.

El derecho de defenderse es aquel que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación.

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida administración de justicia dentro del Estado de Derecho.

Luego entonces, si se concibe a juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que esta.

El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes:

- 1) El derecho a ser informado de la acusación,
- 2) El derecho a rendir declaración,
- 3) El derecho a ofrecer pruebas,
- 4) El derecho a ser careado y
- 5) El derecho a tener defensor.

Es necesario recordar que cada uno de esos derechos representa una conquista sobre los principios aplicables en el procedimiento inquisitorial, el cual era su secreto, coaccionada la confesión del reo mediante el tormento, limitaba su derecho a ofrecer pruebas y le negaba totalmente el de ser careado con sus acusadores y, por último, condicionaba de tal forma la intervención del defensor que la hacía inútil

En países como el nuestro donde la administración de justicia arrastra vicios cuyo origen proviene de las profundidades de la raíz histórica, el procedimiento normal del órgano cuyo cargo se encuentra la fase anterior el proceso, la averiguación previa, no se distingue precisamente por el trato humano y respetuoso del indiciado, aunque es de apuntarse una corriente tendiente a mejorar.

Durante la averiguación previa cuya naturaleza generalmente se acepta como administrativa, se ventila ante la autoridad del Ministerio Público, en su carácter de órgano, no de parte como luego adquiere durante el proceso, sino como órgano del Estado.

La intervención de la policía judicial es determinante en este periodo; sin su concurso difícilmente podría llevarse a cabo la investigación correspondiente, y concurre en forma sustancial en la preparación del ejercicio de la acción penal, haciendo prueba plena las actuaciones seguidas por ese cuerpo policiaco, el Ministerio Público, dirige y completa la investigación para integrar los elementos del tipo y establecer la presunta responsabilidad.

La comparecencia del indiciado tanto ante la policía judicial en un paso inicial, como ante la autoridad del Ministerio Público, a pesar de los controles establecidos a lo largo de su historia, se ha prestado para la violación de los derechos que el individuo posee en su carácter de ser humano, y los individuales consagrados por la Constitución de la República.

Tanto ante la policía judicial como ante el Ministerio Público, el inculpado se encuentra en desventaja inaceptable en una sociedad que vive el último cuarto del siglo XX, distinguido por sus avances en la lucha por el respeto de los derechos humanos.

Haciendo a un lado la circunstancia de que la baja preparación escolar y cultural del pueblo mexicano lo hace proclive a ser víctima de la violación de sus derechos, no es admisible continuar con el empleo de métodos propios de sistemas no democráticos en la averiguación de los hechos.

De esa suerte su resultado puede asumir en la obscuridad carcelaria a seres, cuya culpabilidad a menudo no se demuestra plenamente, convirtiendo en un órgano del Estado defensor de los derechos sociales, buscando desentrañar la verdad y la correspondiente culpabilidad, en un órgano persecutorio y represivo, mas que defensor de intereses violador de las garantías que la constitución señala para los miembros de la comunidad.

Esquivar la verdad respecto a la tortura, física o moral, como método preferido en la investigación, sería tanto como no desear profundizar en la posibilidad de reformar el sistema penal, en el beneficio de la colectividad a la que se debe, hacer, de esta etapa espejo de la justicia a la que aspira, y que debe aspirar el Estado mexicano.

Esta obligado el Ministerio Público, por su alta investidura, a ser estrictamente respetuoso del principio de legalidad, base de la existencia misma del Estado.

Revisar las garantías consagradas en la Constitución, lleva la conclusión de su violación sistemática en la etapa investigadora por la autoridad responsable. Reconocer esa violación lleva a la conclusión de la necesidad de reformas substanciales cuyo objetivo sea preservar la existencia de la norma suprema estableciendo mecanismos para impedir la violación de los preceptos fundamentales de la vida del país.

La realidad apunta que la práctica es contraria a lo dispuesto. Resulta difícil proponer reformas, adicionales o cambios para evitar se lesionen los derechos de un detenido al ser investigado durante el periodo indagatorio; solo el hecho de ser privado de su libertad sin que medie orden judicial constituye una aberración jurídica. Habría que regular lo establecido por la práctica para encuadrarlo dentro del marco constitucional.

Retomando el curso de la participación del defensor durante la averiguación previa, y habiendo puntualizado la inconstitucionalidad en la privación del defensor, desde el primer momento de la detención del individuo, que puede colaborar para la investigación de los hechos verdaderos coadyuvando en la obtención de resultados justos.

Aunque el artículo 20 de la Constitución se refiere a las garantías del acusado en los juicios de orden criminal, por el espíritu mismo del precepto, al procedimiento seguido en periodo indagatorio.

El precepto establece el derecho del individuo privado de su libertad, a ser asistido por un defensor, desde el momento en que se le detenga, teniendo derecho, el defensor nombrado, a estar presente en todos los actos.

La moderna doctrina procesal reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja que le da caracteres de asesor del procesado, de representante y de sustituto procesal de este.

El hecho de que el defensor deba existir, incluso, si ello es necesario, en contra de la voluntad del procesado, permite ya afirmar que no es mandatario de este, puesto que el mandato es siempre libremente otorgado. Luego no debe regirse por las reglas del mandato, ni ajustar sus actos a la voluntad del procesado.

El defensor es asesor del encausado en cuanto que lo aconseja, con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándolo sobre las normas substanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso.

El defensor es representante y sustituto procesal del encausado, puesto que el actúa por sí solo, y sin la presencia de este, en gran número de actos procesales, tales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, la interposición de recursos, la formulación de conclusiones, la demanda de amparo, etc.

A medida que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, aumenta la intervención del defensor y disminuye la del procesado, al grado en que apenas se requiere su presencia para algunos actos aislados de carácter personalísimo, tales como la declaración preparatoria o los careos. Luego se justifica la afirmación de que el defensor se ha convertido en el sustituto procesal del acusado

Nuestra Constitución, al establecer que deberá oírse al acusado en defensa "por sí o por persona de su confianza", tuvo sin duda la intención de dejar en sus manos una elección sin cortapisa y de prohibir a las autoridades que impidieran el libre nombramiento de defensor, la norma constitucional pone en peligro el derecho mismo de la defensa que pretende proteger.

Dados los términos amplísimos de la fracción IX del artículo 20 constitucional, nada impediría que el procesado designara defensor a un menor de edad o a un analfabeto, o, incluso, que decidiera defenderse por un psicópata.

Ahora bien, la posibilidad técnica de ser defensor no solamente esta abierta a cualquiera, sino que, dado que el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa.

Una razón mas que para exigir que los defensores sean abogados es que el representante del Ministerio Público, en nuestro país, es siempre letrado; luego, se rompería la igualdad de las partes si no lo fuera el defensor.

Por lo que hace a la autodefensa, esta es inadecuada incluso en la hipótesis de que el procesado sea experto en Derecho penal. En primer lugar porque, involucrado personalmente en el problema que trata de resolver y teniendo en juego la libertad, el honor y el patrimonio propios, el procesado carece de toda tranquilidad de animo necesaria para actuar como su propio defensor. Enseguida porque, frecuentemente privado de su libertad por las medidas de prisión preventiva, el procesado carece de la movilidad indispensable para una defensa eficaz.

No obstante, es recomendable, dado el carácter local de la ley de Profesiones, una reforma constitucional que consagre el derecho a que la defensa quede en manos de abogado.

Máximo interés presenta el determinar a partir de que momento nace, para el individuo sometido a procedimientos de tipo penal, el derecho a nombrar defensor y a que este intervenga en su favor. Concretamente, el problema consiste en saber si goza de ese derecho el indiciado dentro de la averiguación previa ante el Ministerio Público o si le está reservado al procesado ante las autoridades judiciales.

El párrafo inicial del artículo 20 constitucional afirma que las garantías concedidas en su texto pertenecen al acusado en todo juicio del orden criminal. No obstante, partiría por una falsa ruta quien pretendiera concluir, de los términos acusado y juicio, que el artículo a estudio reserva sus disposiciones tan solo a la etapa jurisdiccional de los procedimientos penales.

Por cuanto al término acusado, está bien claro que el artículo 20 de la Constitución lo emplea en forma amplísima, para designar a todo aquel que es sujeto de procedimientos penales, sin hacer distinciones entre las diversas etapas de dichos procedimientos, y no en el restringido sentido técnico que designa a aquella persona contra la cual el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias.

En realidad, el problema que nos ocupa ha sido resuelto, en forma clara y terminante, por el propio constituyente. El texto de la fracción IX del artículo 20 constitucional dice: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido."

Olga Islas y Elpidio Ramírez encuentran tan claro el texto constitucional que, al enumerar las garantías de las que goza el procesado penal, se limitan a transcribirlo, diciendo: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido".(7)

Para García Ramírez, en cuanto al momento para el nombramiento, de defensor, la fracción IX del multicitado artículo es explícita: desde el momento en que sea aprehendido (el indiciado). Explica que la voz aprehensión "puede interpretarse, favor rei, como sinónimo de detención o bien, en términos más rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad".(8)

El derecho del indiciado a asistirse de un defensor durante la averiguación previa y a partir del momento en que es detenido, consagrado por la Constitución, reconocido por la doctrina, reiterado por la Ley Procesal Penal y admitido por la jurisprudencia de la Suprema Corte, responde a necesidades técnicas, lógicas y jurídicas inderogables.

El defensor, cuando interviene en un caso en el que su defenso ha sido detenido durante una averiguación previa, tiene una función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio que se haga al indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada

El absurdo es evidente. La Constitución confía al Ministerio Público la averiguación previa. El juez no interviene en ella. Luego entonces, el derecho que la fracción IX otorga al acusado de nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, es, constitucionalmente, correlativo de una obligación del Ministerio Público, no del juez, durante la averiguación.

El Ministerio Público está obligado a respetar el derecho del detenido de nombrar defensor y está obligado a permitir la presencia del defensor en los interrogatorios a los que se someta al detenido. Toda confesión obtenida por el Ministerio Público de un detenido que declara sin asistencia de defensor, es contraria a una ley de orden público y, por ello, es nula y sin valor, conforme al principio consagrado en el artículo 8vo. del Código Civil.

Como reiteradamente se ha manifestado a lo largo del trabajo, la legalidad en la actividad de la autoridad representativa del Estado debe manifestarse en cada uno de sus actos para preservar el Estado de Derecho, como garantía de la existencia del grupo social.

4.- LA INSTITUCIÓN DE LA DEFENSORIA DE OFICIO.

La institución de la defensoria de oficio es una garantía para el inculcado prevista en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República, misma que debe ser hecha valer ante el órgano de autoridad, pues como garantía supone siempre una relación entre el gobernado y un gobernante, en la que el primero tiene el derecho de ejercitarla y el segundo esta obligado a respetarla, en este caso las autoridades obligadas a respetar esta garantía son el juez (fracción IX) y el Ministerio Público (fracción X).

Esa garantía de defensa se desenvuelve con el ejercicio de ciertos derechos: El de nombrar defensor, el de ser oído por si o a través de dicho defensor, la posibilidad de ofrecer pruebas, formular alegatos y conclusiones, e interponer recursos u otros medios de impugnación.

Con la finalidad de reglamentar las disposiciones contenidas en la mencionada fracción IX del artículo 20 de la Constitución, se instituye la ley Orgánica de la Defensoria de Oficio en materia penal en el Estado de Guanajuato por decreto de fecha 18 de Julio de 1986, y la cual consta de tres títulos y varios capítulos, en el primero se establece que será el ejecutivo del Estado, a través de la Secretaria de Gobierno, quien ejercerá la organización, control, dirección y supervisión de la Defensoria de Oficio en materia penal.

En el artículo segundo, capítulo primero de la Ley pone la integración de la Defensoria de Oficio en el Estado de Guanajuato de los siguientes miembros:

I.- El director de asuntos penales de la Secretaria de Gobierno.

II.- El subdirector de la misma defensoria.

III.- Dos defensores de oficio auxiliares de la Dirección de Asuntos

Penales.

IV.- Los coordinadores de la Defensoría de Oficio con residencia cada uno de ellos en los Partidos Judiciales de Guanajuato, León, Irapuato, Salamanca y Celaya, así como en los partidos Judiciales que en lo sucesivo se considera necesario.

V.- Los defensores de oficio adscritos a los tribunales penales de la Entidad.

VI.- El personal administrativo que exijan las necesidades del servicio de la institución y que señale en el Presupuesto Respectivo.

Se destaca en el capítulo segundo que el Director de Asuntos Penales de la Secretaría de Gobierno es el jefe de Defensores principales lo es gestionar en la forma que corresponda, cuando fuere conducente a fin de obtener pronta y cumplida justicia en favor de los acusados.

El artículo 18 del capítulo tercero de la citada ley reglamenta las facultades y obligaciones de los defensores de oficio:

I.- Asesorar jurídicamente a los acusados y sentenciados que no tengan defensor particular, cuando ellos mismos o el tribunal respectivo los designen con ese mismo fin;

II.- Asistir diariamente a los Tribunales de su adscripción y a sus propias oficinas, de conformidad con el horario del Juzgado de su adscripción;

III.- Ofrecer las pruebas y promover las diligencias necesarias para el éxito de la defensa, así como presentar los alegatos en las audiencias que procedan;

IV.- Interponer y continuar los recursos que procedan conforme a la ley;

V.- Promover Juicio de Amparo cuando consideren que las garantías individuales de su defensor fueron violadas;

VI.- Prestar asesoría a los sentenciados para la obtención de los beneficios que se señalan en la ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la libertad en vigor;

VII.- Acudir dos veces por semana a los Centros de Readaptación Social del lugar de su adscripción, a fin de recabar los datos necesarios para las defensas que tengan a su cargo, e informar a los reos de la marcha de sus procesos;

VIII.- Rendir por escrito a la Dirección dentro de los primeros diez días de cada mes, un informe de las actividades desarrolladas ante el Tribunal de su adscripción, anexando copia de las promociones presentadas, y dando aviso del sentido de las sentencias recaídas en las causas en que intervengan;

IX.- Formar el libro de "Estado de Procesos", que contendrá los siguientes datos:

- a) Numero de causa;
- b) Nombre del acusado;
- c) Delito o delitos que se imputan;
- d) Libertad provisional bajo caución, señalando la garantía fijada y si esta fue otorgada o no;
- e) Declaración preparatoria, anotando la fecha de su celebración;
- f) Terminación constitucional, anotando su fecha de notificación, el sentido del mismo y si este fue o no recurrido;
- g) Careos constitucionales, anotando la fecha de celebración;
- h) Etapa probatoria, anotando la naturaleza de pruebas ofrecidas, su fecha de promoción y de desahogo;
- i) Conclusiones, anotando su fecha de presentación;
- j) Sentencia, anotando su fecha de notificación, el sentido de la misma, beneficios otorgados en el caso de que se tenga derecho a los mismos si hubo o no condena de reparación del daño y si la solución fue recurrida o no.

X.- Sujetarse a las instrucciones que reciban del director de asuntos penales y solicitarlas cuando lo estimen necesario o conveniente para el de sus atribuciones;

XI.- Las demás que les fijen las leyes.

Subsiste la prohibición para ejercer la abogacía en toda clase de asuntos judiciales del ramo penal del partido judicial o tribunal de su adscripción, excepto cuando se trate de caso propio, de su cónyuge, concubina, ascendientes, colaterales hasta el cuarto grado y parientes por afinidad. La razón de dicha prohibición descansa en el principio constitucional de la defensa gratuita a quienes carezcan de posibilidades económicas para contratar defensor particular

Queda prohibido también para el defensor de oficio coadyuvar con un abogado particular la defensa de un mismo acusado, salvo el caso que el tribunal lo designe por ser luego el defensor particular designado por el acusado.

Si bien la Constitución General de la República en materia penal establece la posibilidad de nombrar como defensor a cualquier persona, sin que sea menester que sea titulado, sin embargo ello no se contradice con la garantía de una buena defensa, pues que lo que establece la norma constitucional es que pueda ser asistido por cualquier persona, y en virtud de la naturaleza, fines y funciones del defensor que requiere conocimientos técnico - jurídicos, es por lo que se impone la obligación del título profesional.

Los derechos del penado no son solo -o no solo han de ser - los mismos del hombre libre, vistos entre rejas, amurallados, puestos con desgano en un catalogo de derrotas o reducidos a un estatuto de salvaguardas mínimas, que además suelen ser raras y minúsculas: la suma reducción social exigiría una suma reducción jurídica; el enrarecimiento de la atmósfera moral -que es la esencia del castigo - traería una región jurídica de saldos, la menos transparente del paisaje social.

Hay otros derechos mas finos y específicos, mas propios del prisionero, y en este sentido mas delicados y necesarios, porque constituyen de alguna manera las protecciones que el hombre necesita contra la cárcel, so pena -la pena a fondo, en su devastadora intimidad - de que esta la extinga; las que le son indispensables, en definitiva, contra los hechos naturales de la vida en cautiverio, que a el, sin embargo, le desnaturalizan y transfiguran, siempre a su pesar y para su pesar, hasta dar en cambio, restándole de si mismo, tras un procesamiento sigiloso y matemático, sujeto a sus propias leyes minuciosas, un exhombre que Gorki diría, la suprema aridez, un ultimo reducto de humanidad.

Estos son derechos, por decirlo de algún modo, a ser y a vivir, es decir, a conservar la identidad el don humano de lo infungible, de lo irrepetible y personal, el de afirmarse frente a si y el de negar ante los demás; y por otra parte, el de prosperar al mismo paso, al mismo ritmo, en la prisión, con que el tiempo corre fuera de ella.

También se dio a entender que es garantía constitucional la facultad de nombrar defensor desde el momento de su detención. Esto no podría hacerse antes o si se hiciera, el nombrado no tendría personalidad para gestionar a nombre del responsable (salvo los casos de amparo) no solo por falta de ataques directos de que defenderse y por la falta de autenticidad del nombramiento que sin embargo podría otorgarse en forma solemne; sino sobre todo por la necesidad de la comparecencia personalísima, explicaciones individuales y arraigo del procesado desde el momento en que el proceso no van a discutirse sus derechos pecuniarios transmisibles para los que puede hacerse representar por otra persona, sino sus propios actos exclusivamente a el imputables de los que responde con su propia libertad y aun con su vida y respecto de los cuales cualquiera prisionería extraña resultaría en verdad ilusoria e imposible o solo serviría para evitar las averiguaciones o hacerles completamente ineficaces, ya que al poder intervenir en ellas por trasmano el culpable sin someterse efectivamente al juez que las practica; solo le aprovecharían los datos en su favor, y no le perjudicarían los contrarios, pues se guardaría muy bien de presentarse al conocerlos, y los conocería con toda oportunidad para poder eludirlos y hacer negatoria la acción del juzgado.

"En cambio desde el momento en que se rinde la declaración indagatoria ya no es solo potestativo, sino obligatorio para el inculcado tener defensor, y no le vale renunciar a su defensa o negarse a nombrarlo, pues aunque así lo haga, se le nombrara de oficio, por el juzgado y es tan imprescindible esta designación conforme a la doctrina así como la intervención subsiguiente y constante del designado o de quien lo sustituya, que ninguna actuación ni menos ningún fallo condenatorio podría tener lugar si se comprobara la carencia del defensor en cualquier estado de proceso".(9)

Para sostener esto se aduce que no solamente el reo sino la Sociedad esta interesada en la defensa puesto que importa mas que el castigo del culpable, la inmunidad del inocente y no por que en algún caso por abnegación, por interés, por demencia o por otros motivos acepte a un individuo cargar con una culpa correspondale o no; puede permitirse que sin mas averiguaciones se le haga responsable de ella como si se tratara de intereses privados que pudieran aceptarse o renunciarse ad-libitum; sino que en todo caso debe establecerse la verdad y oír el pro y el contra de los hechos en verdadera contienda para lo cual es indispensable el defensor.

"El principio de la defensa rige en el proceso moderno. Es la expresión de la bilateralidad procesal, que impone resolver audita altera pars. La relación procesal es, como se sabe un vinculo entre tres sujetos: actor, demandado -o acusado - y órgano jurisdiccional, de la que provienen deberes y derechos, además de cargas. El convocado juicio actor o - inculpado - tiene una serie de derechos a propósito de su defensa, que buscara desvirtuar la imputación que se le hace, demostrando que se ha extinguido la pretensión punitiva, acreditar la existencia de excluyentes de incriminación que lo favorezca o demostrar la concurrencia de circunstancias que reducirán la gravedad de la reacción jurídica en el caso justiciable".(10)

La defensa, en el amplio sentido de la palabra no se concreta a la realización de cierto acto o a la asistencia de un asesor jurídico se distribuye y dispersa a todo lo largo del enjuiciamiento en numerosos actos del inculpado. sus asistentes y otras personas cuyo común denominador es la procuración de los fines a los que líneas arriba me refiero. Por ello, el régimen de la defensa en el proceso penal mexicano se haya comprendido en diversas fracciones del artículo 20 Constitucional:

II.- (libertad para declarar),

III.- (declaración preparatoria),

IV.- (careo),

V.- (prueba),

VI.- (audiencia publica),

VII.- (suministro de datos que consten en el proceso), y

IX- (autoasistencia o asesoramiento). Cualquier restricción o supresión de estos derechos del inculpado -inclusive, por supuesto, la publicidad de diligencias tales como la declaración preparatoria o la audiencia de juicio-, aunque se reduzcan razones de seguridad pública, constituye una violación de garantías.

Bajo el régimen inquisitivo puro, que se caracterizan por la concentración de las principales funciones procesales (acusación, defensa y juzgamiento) en un solo órgano, la tarea de defensa fue asumida, con todas las deficiencias que ello apareja, por el tribunal mismo, sin dotar al acusado de la posibilidad de promover eficazmente la práctica de probanza en su favor, ni de esgrimir derechos que detuvieran la acción excesiva de la autoridad. De ahí -entre otras cosas- que el inculpado fuera más bien un objeto que un sujeto del proceso.

Esto desapareció con el predominio de los sistemas acusatorios y mixto, que dieron al inculpado -cada vez más- la oportunidad de liberarse de la imputación y de sus consecuencias. Para tal fin se ha reconocido a aquel derecho de suma importancia -que no absorbe, sin embargo, como antes dije, la suma de las facultades de defensa, consistente en la posibilidad en incluso necesidad, so pena de unidad de las actuaciones de contar con la asistencia jurídica.

De aquí surge otro personaje del enjuiciamiento: el defensor, sea ocasional, sea permanente, y en todo caso profesional, que constituye un concepto de muchos una auténtica parte procesal, de carácter formal, ajeno a la relación jurídica material que se ventilan en el proceso, pero sujeto de la relación jurídica formal en que consiste el proceso. Además, en el Derecho Mexicano el defensor es parte necesaria -en el sentido de que debe concurrir al proceso, para que este sea válido-, con la salvedad del supuesto de autoasistencia o autodefensa. pero aun a este caso hay defensor, aunque este se haya en la misma persona del inculpado, si bien es posible distinguir conceptualmente los actos del sujeto, como inculpado y los de aquel mismo como defensor.

La historia reciente del procedimiento penal mexicano muestra una constante tendencia a mejorar la posición del inculpado, y dentro de ella, una reiterada provisión de mayores y mejores posibilidades de asistencia jurídica. Ya en 1981 una reforma al Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal permitió claramente la asistencia de defensor en la etapa de averiguación previa, habida cuenta de que la garantía constitucional vigente entonces solo se refería al juicio del orden criminal, esto es, a la asistencia legal durante el proceso ante el juzgador el artículo 134 bis de ese ordenamiento estableció: "los

detenidos desde el momento de su aprehensión podrá nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otra, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio". El mismo código facultó al indiciado detenido para establecer comunicación inmediata con quien quisiera.

Otra notable novedad fue incorporada en 1985 al Código Federal de Procedimientos Penales. se tenía a la vista el problema de la libertad de defensa, que adelante mencionar,, y la necesidad de que la defensa tenga la calidad técnica necesaria para que redunde en beneficio del inculcado. Así las cosas, fue posible llegar a una solución de compromiso que sin vulnerar el principio constitucional de la libre defensa, en los términos en que se hallaba consagrado, en ese momento, por la fracción IX del artículo 20 permitiese también una gestión profesional adecuada en beneficio del procesado. Por ello el II párrafo del artículo 160 quedó en esta forma: en caso de que la designación del defensor hecha por el inculcado "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 aquel y directamente al propio inculcado en todo lo que concierne a su adecuada defensa".

Al cabo de la reforma procesal de 1990, y tomando en cuenta sus aportaciones y las recibidas con anterioridad por el Derecho procesal mexicano, nos hallamos ante una serie de prevenciones sobre asistencia jurídica- o moral - al inculcado en la siguiente forma: a). persona con quien se comunica el inculcado desde que es detenido; b) defensor propiamente designado por el imputado o, como defensor de oficio por el juez; c) persona de la confianza del inculcado, "asistencia moral de este", si cabe la expresión cuya designación no constituye "exigencia procesal" para el inculcado, ni es un sujeto necesario en el enjuiciamiento, y que no realiza en rigor, actos de defensa, pero contribuye a la legalidad en el desarrollo del procedimiento; d) abogado que puede ser defensor del inculcado a asistente jurídico de otra persona que declare en el curso de la averiguación previa; y e) defensor de oficio del inculcado y del defensor asignado por este cuando no se trate de licenciado en Derecho.

Planteadas estas consideraciones generales y antecedentes, veamos ahora la evolución de la fracción IX. El texto que rigió hasta 1993, estableció el derecho del inculcado en los siguientes términos: "se le oír en defensa por sí o por persona de su confianza, o por ambos según su voluntad en caso de no tener quien lo defienda se le presentara lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo a rendir su declaración preparatoria el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento que sea aprehendido, y tendrá derecho a que este se halle

presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".

De esta formula se desprende ciertas consecuencias básicas, a saber:

a) Derecho de libre defensa, en cuanto a la identidad del defensor, que podría serlo prácticamente cualquier persona, independientemente de su idoneidad profesional para esta función, a criterio del inculpado;

b) Principio de defensa necesaria, es decir, necesidad de que haya siempre defensa, independientemente de que el inculpado lo requiera o no, y en tal virtud designación de defensor de oficio cuando aquel se abstiene de nombrar defensor o de asistirse por si mismo todo ello sin relación con el hecho de que el procesado cuente con recursos económicos para retribuir al defensor a carezca de ellos que es el extremo a considerar en los sistemas de "beneficio de pobreza";

c) Designación forzosa de defensor a tiempo de rendir el inculpado su declaración preparatoria, sin perjuicios de que este designe al defensor desde el momento en que sea aprehendido (expresión que corresponde al cumplimiento de una orden judicial de aprehensión, no en la detención física del indiciado por flagrancia o urgencia);

d) Derecho a la mas amplia participación del defensor en los actos del proceso, según la naturaleza de estos, y carga del inculpado (aun cuando la Constitución alude la "obligación"), de hacer comparecer al defensor cuantas veces se necesite.

Veamos como evoluciono esta materia a través de la reforma de 1993. En la iniciativa se propuso un inicio diferente de la fracción, que diría. "tendrá derecho a una defensa adecuada por si o por un abogado de su confianza o por ambos según su voluntad, desde el inicio del proceso, en los lugares en donde no hubiere abogado titulado, podrá ser defendido por persona de su confianza, si no quiere o no puede nombrar defensor después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designara un defensor de oficio".

Dejando de lado los tropiezos de esa redacción, que no fueron pocos, vale acreditar en su favor el apreciable acierto de establecer el principio de defensa "adecuada" y, en consecuencia la participación de abogados en la función correspondiente. También es interesante la novedad de facultar al inculpado a designar defensor "desde el inicio del proceso". No es la expresión "no quiere o no puede" nombrar defensor, que abajo revisare.

En la segunda parte de la redacción propuesta, la iniciativa señalo que el inculpado "tendrá derecho a que su defensor se halle presente en todos los actos del proceso y este tendrá la obligación de comparecer cuantas veces se requiera". También aquí hubo progreso con respecto al texto original como adelante señalare.

Quizás por la premura con que se hizo, la exposición de motivos de la iniciativa prácticamente paso por alto las novedades que propuso, y se limito a reiterar con otras palabras el contenido de la propuesta: "en lo referente a la fracción IX, la reforma que se plantea otorga al procesado la garantía jurídica a gozar de una defensa para la guarda de sus derechos, contemplándose que la misma puede realizarse por el propio procesado o por abogado de su confianza salvo en los casos en que en el lugar no hubiere abogado titulado, podrá ser defendido por persona de su confianza. Salvo en todos los actos del proceso el defensor tendrá derecho a estar presente y será su obligación comparecer cuantas veces se le requiera".

El texto definitivo de la fracción IX, producto del dictamen en la Cámara de Diputados y de la adición (la primera fase) introducida por el Pleno de la Cámara durante el debate parlamentario, expresa: "Desde el inicio de su proceso, (el inculpado) será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por si, 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 designara un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y ,este tendrá obligación a hacerlo cuantas veces lo requiera". Veamos los elementos de esta nueva fracción, a la que se dedica un detallado comentario -por lo que respecta a la designación de defensor- el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados, que desde luego pondera: "En todo Estado de Derecho debe garantizarse el derecho a una defensa adecuada; este es el objetivo que persigue la fracción IX del artículo 20 Constitucional".

Designación del defensor. Si el inculcado opta por asumir su defensa, es obvio que deberá señalarlo así y atender esa función, por si mismo, desde el momento en que las normas vigentes le autoricen para designar defensor . Esta es, entonces la oportunidad en que se actualiza tanto la asunción de la defensa por el inculcado como la atribución de dicha tarea a otra persona. En los términos del texto vigente hasta 1993, se entendía que la garantía constitucional a contar con defensor operaba precisamente en el proceso, no antes, habida cuenta de que se trataba de un derecho del acusado en el juicio del orden criminal, según la cabeza del artículo 20, y de que las restantes referencias de la fracción IX aludían a actos en el proceso y no antes de este.

En efecto, esa fracción hablaba de la designación del defensor precisamente en dos oportunidades, a saber: al rendir declaración preparatoria (lo cual fue traducido incorrecta y restrictivamente por algunas leyes secundarias como "después" de prestar declaración) o al ser aprehendido el inculcado (lo que, como vimos, supone que se ha iniciado el procedimiento ante el juez, pues se trata el cumplimiento de orden de aprehensión dictada por el juzgador, no solo de privación de libertad en los supuestos de flagrancia y urgencia).

El nuevo precepto amplía los derechos del inculcado -que antes de hora extendió convenientemente, como dije, la legislación ordinaria- en dos sentidos. Por una parte, se indica que el inculcado tendrá derecho a defensa, por si o por una persona, "desde el inicio de su proceso". Para esta garantía no reduzca, sino amplíe la contenida en el texto sustituido, es preciso entender -preciso y posible, desde luego- que el proceso se inicia con el auto de radicación, que establece la relación jurídica procesal, y no desde el auto de formal prisión.

Con frecuencia -pero no con razón- se dice que el proceso corre a partir de este, y con ello se deja sin explicación la naturaleza de los actos -extraordinariamente importantes- que ocurren a partir del auto de radicación: este mismo auto, mas diligencias, entre ellas las actuaciones del Ministerio Publico y del juzgador cuando no se radica oportunamente o no prevee acerca del pedimento de orden de aprehensión o de competencia, la orden de captura, los actos que aparecen durante su ejecución, la declaración preparatoria, los careos y otras probanzas -en su caso-, la solicitud y la resolución, mas los actos conexos, en torno a la libertad provisional, etcétera. ¿Cual es la naturaleza de estos actos, si se insiste en suponer que la averiguación previa concluye -como en efecto sucede- cuando se ejercita la acción penal, y el proceso comienza apenas en el auto de formal prisión? Si se sostiene tal cosa, resultaría que el derecho constitucional del inculcado a contar con un defensor aparecerá apenas cuando se dicte auto de formal prisión,

y no ya -según ocurría en la formula derogada- desde que es aprehendido o rinde declaración preparatoria.

Puesto que la garantía debe ser observada desde el inicio del proceso, se puede sostener que el requerimiento de designación de defensor o el nombramiento de defensor de oficio al que se refiere la propia fracción IX del artículo 20, debe ocurrir cuando comienza el proceso, esto es, desde que el juez entra en conocimiento de la causa y las partes quedan sujetas a su jurisdicción por medio del auto de radicación, aunque la ley secundaria inserta en diferir este acto hasta después de la declaración preparatoria. Hay aquí delicadas consecuencias, acaso no prevista, a propósito de las medidas precautorias. Si el inculpado tienen derecho a designar defensor desde ese momento, y dicho defensor puede comparecer en todos los actos del proceso, ¿cuenta este con la facultad de estar al tanto de las resoluciones cautelares del tribunal, como la orden de aprehensión?

El principio de defensa "adecuada" y el defensor. La iniciativa aporla el principio de defensa "adecuada". La calificación que se hace de aquella pone de manifiesto que no basta ni se desea cualquier defensa, que podría ser defensa formal, aparente, ilusoria. Se requiere en cambio, que los actos de la defensa y particularmente las actuaciones del defensor sean adecuados al fin que sirve esta función procesal, tanto en orden a su contenido y reorientar -benéficos para el inculpado- como a la competencia de la persona que la realiza -idónea para la determinación y realización de ese contenido y esa orientación. Así la nota de "adecuada" con respecto a la defensa no tiene que ver únicamente con la persona del defensor, sino también con el desarrollo mismo de la función, en todos sus extremos, aunque es evidente que para este propósito interesa sobremanera quien es el defensor y como desarrolla su tarea.

Empero, esto no significa que se pondera -por parte del juzgador, que sería el caso -la excelencia de la defensa, en forma tal que solo se considere "adecuada" la que tiene éxito -por adecuarse al propósito normal de esta función. Basta con que se realice en forma idónea según las reglas ordinarias de su desempeño y las recomendaciones de una practica forense honesta y razonable. Si esto no ocurre, no habrá "defensa adecuada" y sobrevendrá la necesidad de solicitar al inculpado la designación de otro defensor, o bien, el nombramiento de un defensor de oficio. Lo mismo sucederá si el inculpado asume su defensa, pero omite la realización de actos de defensa, o se defiende en forma tan torpe que le deparara perjuicio. El juez no puede contemplar impasible esta situación, inconsecuente con el principio de la "defensa adecuada". Es cierto que el inculpado tiene el derecho a defenderse por si mismo, pero también lo es que no lo esta ejerciendo, verdaderamente

cuando se abstiene de actos de defensa o los realiza con gran torpeza. Con decir que entonces se halla materialmente -y hasta formalmente- indefenso.

Hoy señala la fracción IX que la defensa puede ser ejercida, según las circunstancias, por alguna de las siguientes personas: el propio inculpado, un abogado o una persona de la confianza de aquel, y a falta de estos, un defensor de oficio designado por el juez. De este modo, el texto final dejó en el camino algunos progresos que planteaba la iniciativa. El dictamen en la Cámara de Diputados, fundamento del texto que prevaleció manifiesta lo siguiente sobre este punto.

"Se ha impugnado a (sic) la intervención necesaria del abogado en la defensa como una disposición elitista, criterio que se considera infundado, ya que la disposición tiene por objeto precisamente proteger a quienes por su escasa educación o por su carencia de recursos económicos, es víctima de personas que alegando influencias o usurpando la profesión, se aprovechan vilmente de las desventajas del inculpado, mermando sus posibilidades legítimas de defensa. Es claro que en la historia se han acreditado casos de quienes ofrecen sus servicios con recta intención (sic. en realidad, se quiere decir precisamente lo contrario: de quienes "no" ofrecen, o bien, "sin" recta intención): sin embargo, su número, por reducido, no justifica el grave daño que esta práctica indebida genera en detrimento de los ideales de verdad y justicia que alientan a la materia penal".(11)

Finalmente: la iniciativa utiliza el término de abogado, para incorporar en este concepto a aquellas personas que en los términos de la ley están autorizadas para abogar, es decir, para actuar por otros, en la causa penal.

Técnicamente, la referencia a "abogado" pudo ser destituida por la alusión a un "licenciado en Derecho". No sobra la reflexión sobre un tecnicismo, tomando en cuenta que la reforma constitucional introdujo algunos cambios por razones estrictamente técnicas. El título que expiden nuestras universidades no es de abogado, sino de licenciado en Derecho. Abogado es el licenciado en Derecho que ejerce su profesión como litigante ante los tribunales. Empero, de lo que se trata no es de incorporar en la defensa solamente a estos profesionales del Derecho, sino también a otros que pueden brindar asistencia competente. Estos juristas tendrán que actuar -si insistimos en el tecnicismo- bajo el concepto de personas de confianza del inculpado, no bajo el rubro de abogados.

Ya dije que el requerimiento judicial para hacer designación de defensor debiera presentarse desde "el inicio del proceso", esto es desde el auto de radicación. Por supuesto, la aplicación rigurosa de esta norma plantea cuestiones de solución muy difícil en orden a la buena marcha del proceso. Esa misma estipulación señala que si el inculcado "no quiere o no puede nombrar defensor, el juez le designara un defensor de oficio", En rigor, lo que aquí interesa para que se aplique el principio de defensa necesaria y se designe al de oficio, no es que el sujeto "no quiera" -como dijo sin cubrir todas las hipótesis de la realidad- el texto anterior, o "no quiera o no pueda", -como dice, mas ampliamente, pero también innecesariamente, el actual-, sino solo que "no designe", por cualquier cosa.

En la formula anterior de la fracción IX, el juez debía presentar al inculcado una lista de los defensores de oficio, para que de ella escogiera a quien lo asistiría legalmente, y solo en caso de que el propio reo se abstuviese de hacer elección, el tribunal nombraría al defensor oficioso. En este sentido -e independientemente de los problemas y tropiezos de una practica que no siempre se ha conformado a la norma constitucional- era mejor el texto previo, que permitía al inculcado intervenir en el nombramiento de su defensor -lo hiciera o no-, al paso que el actual lo excluye totalmente de esta facultad.

El texto en vigor, que sin duda quiso mejorar aquella redacción, en realidad la empeoro u oscureció en el punto al que enseguida me refiero. Dispone esa norma que el defensor tiene obligación de comparecer "cuantas veces se le requiera". A contrario sensu resulta que si no se le requiere, es decir, si no se le cita en forma, no opera una obligación, a lo sumo, puede hacer valer el derecho a comparecer, pero no verse vinculado por una obligación o deber de hacerlo. Es mas conveniente prevenir la presencia forzosa del defensor cuando se le necesite, que reducirla al caso de que se le requiera.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO I

- 1.- Pag. 163 Madrazo, Carlos. Estudios Jurídicos" INACIPE, México 1985.
- 2.- Pag. 333-334 Zamora, Pierce, Jesús "Garantías y Proceso penal" 5a. Edicion Porrúa México 1991
- 3.-Pag. 29 Eymeric, Nicolau. "Manual de Inquisidores" 2a. Edicion Fontamara, S.A. Barcelona España 1982.
- 4.- Pag. 43-44 Opcit. Eymeric, Nicolau.
- 5.- Pag. 344-345 Zamora, Pierce, Jesús Opcit
- 6.-Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos Edt. Porrúa México 1996
- 7.- Pag. 290 Obcit. Zamora, Pierce, Jesús
- 8.- Pag. 57 Obcit. Eymeric, Nicolau
- 9.- Obcit. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- 10.- Pag. 106 Acero Julio, "El Procedimiento penal Mexicano". 1a. Edición Especiales del Norte México 1991.
- 11.- Pag. 94 García Ramírez, Sergio "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano 1a. Edición Porrúa. México 1994.

CAPITULO II

EL DEFENSOR DE OFICIO EN EL PROCESO PENAL

SUMARIO 1) *Participación del defensor en la averiguación previa* 2) *Participación del defensor en el proceso penal.* 3) *Obligaciones del defensor de oficio y sus responsabilidades.* 4) *Retribución económica.*

1.- PARTICIPACION DEL DEFENSOR EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

La reforma constitucional de 1993 amplió la defensa del inculpado. Esta ampliación se inició con firmeza en las reformas de 1983 a la ley procesal federal, que introdujo en la averiguación previa la presencia del defensor y actos típicos de defensa. El texto anterior del cuarto párrafo del artículo 134 bis, otorgaba a "los detenidos, desde el momento de su aprehensión", el derecho a nombrar defensor; en defecto de designación por el inculpado, se nombraría un defensor de oficio. Hoy se dice que esta facultad corresponde a "los indiciados desde la averiguación previa..." De tal suerte, la facultad corresponde al simplemente indiciado, es decir, al denunciado o a la persona contra quien se formula querrela o acto equivalente, promotor del procedimiento penal, aunque no se halle privado de libertad.

"El artículo 20 constitucional en la fracción IX ordena:

Art. 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:... IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos, según la voluntad. En caso de no tener quien lo defienda, se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija el que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria, el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, y tendrá derecho a que este se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite".(12)

La disposición constitucional, consagra el derecho de defensa. El acusado podrá defenderse por sí o mediante asesor; y, si es su voluntad podrá gestionar su propia inocencia y tener defensor.

La facultad de asistirse de asesor se tiene desde el momento en que el gobernado es privado de su libertad; pero los dictados de la garantía constitucional se aplican dentro del proceso, y no tienen incidencia en la etapa investigatoria. En la averiguación previa, el asistirse de defensor concierne única y exclusivamente al detenido, atribución que posee en términos del Código Procesal Penal; la omisión de designar defensor es imputable al indiciado, y no constituye una violación procesal que vicie la validez de los actos de autoridad realizados por el Ministerio Público.

"DEFENSA, GARANTÍA DE. AVERIGUACIÓN PREVIA. La garantía constitucional que consigna la fracción IX del artículo 20 constitucional ciertamente vela por el interés de que el acusado este asistido de abogado defensor, el que se nombrara de oficio en caso de que el inculcado no lo nombre; pero tal hecho debe estimarse a partir del momento en que el acusado es consignado ante el juez competente, y sin que la Carta Magna establezca que la defensa debe operar en las diligencias de averiguación previa".(13)

Ejercitada la acción penal y aprehendido por virtud de la orden dictada por el juez, tiene el acusado la atribución de ejercitar su derecho de defensa.

Su razón de ser se encuentra, en que en la averiguación previa solo se ejercitan actos de autoridad tendientes a investigar si la conducta es delito en términos de ley y quien es el supuesto responsable penalmente; pero aun no existe acusación y de ahí por tanto, la necesidad de defensa.

En el proceso penal, el acusado podrá designar como su defensor cualquier persona que sea de su confianza. No se requiere que el asesor, tenga título profesional y licencia para ejercer su oficio, para que pueda cumplir la función que se le asigna.

El derecho de defensa del inculcado integra su esfera jurídica de libertad, hasta el momento en que rinde su declaración preparatoria; en este acto procesal, si se abstiene o rehusa designar defensor, el juzgador con independencia de la voluntad del procesado le designara al de oficio, para que gestione su inocencia.

Cuando el derecho de defensa adquiere la calidad de formalidad esencial del procedimiento, se convierte en una obligación procesal, en la que el defensor designara aun en contra de los deseos del acusado la demostración de su inocencia

Se observa que el incumplimiento de la obligación de designar defensor al procesado, presume le deja en indefension; la omisión del juzgador produce una violación procesal que vicia su garantía de audiencia; de tal manera que los actos de autoridad posteriores adolecerán de inconstitucionalidad, y se deberá de reponer el procedimiento en el juicio penal desde ese instante, para que satisfaga la garantía de defensa y se brinde al ciudadano el ejercicio de ese derecho constitucional.

Cuando el acusado determina ejercer su derecho de defensa por si, y se reserva el derecho de designar defensor, el juez de la causa, no deberá designarle defensor de oficio, pues no se esta en presencia de la negativa a ejercitar ese derecho, solo se suspende su ejercicio

Por ultimo, la facultad de designar defensor no puede sufrir restricciones; privado de la libertad el inculcado, el juez debe tener como su defensor a quien aquel proponga; no deberá imponer ninguna limitacion al ejercicio de este derecho de defensa. Hacerlo, constituye una violacion a las formalidades esenciales del procediniento, irreparables en la sentencia por la indefension que produce.

Aun el acusado que se hubiese sustraído de la accion de la justicia, tiene el derecho de defensa, y podra ejercitarla a traves de la persona que designe con tal calidad; el juez penal no podra dejar de reconocer tal derecho y debera aceptar como asesor del inculcado a quien este nombre para que la defienda, cuando se hubiese dictado la formal prision en el juicio

En resumen, la facultad constitucional de designar defensor es propia del juicio penal y no de la averiguacion previa; tal derecho adquiere la calidad de formalidad esencial del proceso. Cuando el acusado se rehusa a designar defensor en la audiencia de la declaracion preparatoria, el juez de la causa le debera designar defensor de oficio y la omision en que se incurra produce una indefension en el proceso que viola su garantia de audiencia y vicia de inconstitucionalidad los actos procesales posteriores, por ser contrarios a la garantia individual que se analiza.

Se observa asi que el derecho de defensa en materia penal, por disponerlo la Ley Fundamental, es una obligacion procesal responsabilidad del juez, en los términos que se han descrito.

2.- PARTICIPACION DEL DEFENSOR EN EL PROCESO PENAL.

"La trascendencia que tiene en todos los ordenes de la vida social, la libertad del individuo sobre todo cuando se le restringe como consecuencia de la imposición de una sanción penal, motiva que tanto nuestra Constitución como nuestras Leyes Penales otorguen al inculpado dentro del procedimiento penal, una serie de garantías que deberán serle respetadas en lo absoluto para no dar causas de que las mismas sean violadas y de base al juicio de amparo".(14)

Entre las garantías a las que algunas de ellas se le señalan requisitos para que puedan surtir sus efectos jurídicos, podemos citar como fundamentales las siguientes:

a) La que se le conceda en los casos que proceda, su libertad bajo fianza inmediatamente que la solicite.

b) El derecho de defenderse por si o por persona digna de su confianza; y la de que pueda designar defensor.

c) Que no se le obligue a declarar en su contra ni se recurra a ningún medio que tienda a ese fin.

d) Admitirle las pruebas y testigos que ofrezca y sean conducentes para su defensa, y se le faciliten los medios para ese objeto.

e) Que sea careado con los testigos que depongan en su contra

f) La prohibición de que se le impongan las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentes.

g) Que no se imponga la sanción, sin que medie el previo juicio.

h) Que no se le juzgue por leyes privativas, ni por tribunales especiales, sino por aquellos previamente establecidos.

i) La prohibición de que se le imponga pena por analogía o por mayoría de razón, si no esta decretada por ley exactamente aplicable, y que a este no se le de efecto retroactivo en su perjuicio.

j) Que no se le cause molestia en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

k) La prohibición de que se le juzgue dos veces por el mismo delito.

l) Que le respeten por los tribunales los plazos que se señalan en el procedimiento penal, para las actuaciones y resoluciones.

Hay desacuerdo entre los tratadistas acerca de las personas que deben intervenir en el desarrollo del proceso, y eso explica las distintas clasificaciones que existen sobre el particular de las que solamente nos referiremos a la que nos ofrece Florian quien distingue cuatro categorías de personas: a) los sujetos procesales; b) las partes; c) los órganos auxiliares de los sujetos procesales; y d) los terceros, llamados al proceso con fines de prueba.

"1.- Sujetos procesales. Es también motivo de inconformidad entre los tratadistas, determinar a que personas de las que intervienen en el desarrollo del proceso, deba reconocérsele el carácter de sujetos procesales; y así observa por ejemplo que para Fenecha son todas aquellas que de manera permanente o accidental de su interés, intervienen en el proceso penal y hacen posible la realización de la actividad jurisdiccional; y para Jiménez Asenjo, son todas aquellas personas que actúan en un proceso como portadores de un interés jurídico subjetivo y con voluntad propia o representada, para provocar y realizar actos eficaces en consideración al fin perseguido".(15)

Nosotros nos inclinamos por considerar dentro de la categoría de sujetos procesales a todas aquellas personas que están facultadas por la ley para provocar o intervenir en la realización de los actos que deben integrar el proceso.

En atención a las facultades que legalmente se les concede a los sujetos procesales, se les distingue en principales y secundarios. Los primeros se caracterizan en que su intervención resulta indispensable para la válida existencia del proceso, supuesto que mediante un acto de ellos puede originarse la constitución, modificación o extinción del mismo, y tienen ese carácter según lo admite la doctrina casi sin discusión: el Ministerio Público; el acusado y el juez, a los que habrá que incluir al defensor, porque su intervención de acuerdo con la Jurisprudencia de nuestra Suprema Corte, se estima dentro de las formalidades esenciales del procedimiento.

Los segundos, en cambio, tienen la particularidad que los actos en que intervienen no son indispensables para la existencia del proceso, y por ello, es que si concurren al mismo lo hacen por iniciativa propia o por requerimiento judicial. Dentro de esa categoría se comprenden: al ofendido directo cuando reclama la reparación del daño; a los ofendidos indirectos, cuando demandan derechos patrimoniales al responsable del delito; a los que se constituyan en parte civil, para exigir la reparación del daño a terceros no penalmente responsables; a los terceros obligados al pago de la multa que se imponga a personas respecto de los cuales tengan obligación subsidiaria de pago; y a los terceros que están obligados a sufrir el decomiso de objetos de su propiedad.

En materia de capacidad, los sujetos principales la tienen para intervenir en la realización de todos los actos procesales, en los términos en que las disposiciones legales se les concedan; y a los sujetos secundarios, se les restringe a los límites precisos de su interés jurídico.

Máximo interés presenta el determinar a partir de que momento nace, para el individuo sometido a procedimientos de tipo penal, el derecho a nombrar defensor y a que este intervenga en su favor. Concretamente, el problema consiste en saber si goza de ese derecho el indiciado dentro de la averiguación previa ante el Ministerio Público o si le está reservado al procesado ante las autoridades judiciales.

El párrafo inicial del artículo 20 constitucional afirma que las garantías concedidas en su texto pertenecen al acusado en todo juicio del orden criminal. No obstante, partiría por una falsa ruta quien pretendiera concluir, de los términos acusado y juicio, que el artículo a estudio reserva sus disposiciones tan solo a la etapa jurisdiccional de los procedimientos penales. Por cuanto al término acusado, esta bien claro que el artículo 20 constitucional lo emplea en forma amplísima, sin hacer distinciones entre las diversas etapas de dichos procedimientos, y no en el restringido sentido técnico que designa a aquella persona contra la cual el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias. Por lo que hace al concepto de juicio, es igualmente evidente que, aun cuando la mayor parte de las garantías enumeradas en el artículo 20 tienen su campo propio de acción dentro de la etapa judicial del procedimiento, otras extienden su protección a la etapa de la averiguación previa. Baste, manera de ejemplo, señalar el caso de la garantía de no autoincriminarse (artículo 20, fracción II), aplicable al indiciado durante la averiguación previa, según lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En realidad, el problema que nos ocupa ha sido resuelto, en forma clara y terminante, por el propio constituyente, El texto de la fracción IX del artículo 20 constitucional dice: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido..."

"Olga ISLAS y Elpidio RAMÍREZ encuentran tan claro el texto constitucional que, al enumerar las garantías de las que goza el procesado penal, se limitan a transcribirlo, diciendo: "El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido". PRADO RESENDIZ afirma: "Otro de los temas que surge a este respecto y el cual ha suscitado polémica también, es el de que si desde el momento de ser aprehendida una persona, puede nombrar defensor o no y este entrar a la etapa misma de la averiguación previa al desempeño de su cometido. Mi opinión es en sentido afirmativo, ya que tal derecho es una garantía consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Penal en Materia Común y en la Ley de Amparo". Para ARILLA BAS no cabe duda de que el defensor puede intervenir en las diligencias de averiguación previa practicadas con detenido, siendo indiferente que la aprehensión se haya efectuado por orden de la autoridad judicial o por disposición del Ministerio Público".(16)

"Para GARCÍA RAMÍREZ, en cuanto al momento para el nombramiento de defensor, la fracción IX del artículo 20 constitucional es explícita; desde el momento en que sea aprehendido (el indiciado). Explica que la voz aprehensión "puede interpretarse, favor rei, como sinónimo de detención o bien, en términos mas rigurosos, como aprehensión en sentido estricto, esto es, como ejecución de un mandamiento de autoridad".(17)

"CERVANTES señala, acertadamente, que el constituyente emplea el termino aprehensión como sinónimo de detención, así, por ejemplo, el artículo 16 de nuestro máximo ordenamiento afirma que, en los casos de flagrante delito, cualquiera persona puede aprehender al delincuente, a pesar de que en ese caso no se refiere al cumplimiento de un mandato de autoridad. Por lo anterior, considera que, cuando el artículo 20, fracción IX, de la Constitución, en su penúltima parte, dice que el acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido, se refiere al nombramiento de defensor en la averiguación previa, porque no tendrá sentido pensar que esa parte se refiere a la facultad de designar defensor a partir de que esta en presencia del órgano jurisdiccional, pues tal situación se encuentra ya prevista en la tercera frase de la propia fracción."(18)

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de 29 de diciembre de 1981, se reformo el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, adicionándole un artículo 134 bis. En su parte final, este artículo dice: "Los detenidos, desde el momento de su aprehensión,, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encarguen de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrara uno de oficio." Este artículo, inútil desde el punto de vista teórico, puesto que nada nuevo agrega a las disposiciones de la fracción IX del artículo 20 constitucional, tiene, en cambio, desde el punto de vista práctico, una gran importancia, por cuanto representa el reconocimiento, por parte del legislador local de la correcta interpretación de la norma constitucional.

En la práctica, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal ha ido mas allá de la Constitución; actualmente permite que nombren defensor todos los indiciados, aun los que no están detenido, en el momento en que comparecen ante la Procuraduría.

Por lo que hace al procedimiento federal, por Decreto publicado en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 1983, se reformo, entre otros, el artículo 128 del Código de la materia. El nuevo texto, en su párrafo tercero, dispone: "Desde el momento en que se determine la detención, el Ministerio Público hará saber al detenido la imputación que se le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo defienda, dejando constancia de esta notificación en las actuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de esta, que se tomaran en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservaran los derechos de esta para ofrecerlas ante la autoridad judicial, y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción."(19)

El derecho del indiciado a asistirse de un defensor durante la averiguación previa y a partir del momento en que es detenido, consagrado por la Constitución, reconocido por la doctrina, reiterado por la ley procesal penal y admitido por la jurisprudencia de la Suprema Corte (como veremos mas adelante), responde a necesidad técnicas, lógicas y jurídicas inderogables.

El defensor, cuando interviene en un caso en el que su defenso ha sido detenido durante una averiguación previa, tiene una función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio que se haga al indiciado, a fin de cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio, o bien, que sus declaraciones son libremente emitidas. Así, el respeto a la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de autoincriminarse. En caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada. A partir de ese momento, y dada la jurisprudencia de la Suprema Corte conforme a la cual debe dársele preferente valor probatorio a esa declaración inicial, el proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la averiguación previa, hacemos inútil su posterior actuación durante el proceso.

3.- OBLIGACIONES DEL DEFENSOR DE OFICIO Y SUS RESPONSABILIDADES.

El artículo 18 de la ley orgánica de la defensoría de oficio en la materia penal establece las siguientes obligaciones del defensor de oficio:-

a) Asesorar jurídicamente a los acusados y sentenciados que no tengan defensor particular, cuando ellos mismos o el tribunal respectivo los designe con ese fin.

El defensor no es solamente un derecho para el procesado, sino que es una figura indispensable en el proceso penal por lo que es nombrado aun en contra de la voluntad del acusado, de donde se afirma que no hay proceso penal sin defensor. Así mismo el asesoramiento legal que brinda, una vez protestado el fiel cumplimiento del cargo es amplísimo y no puede abandonar la defensa sino en los casos y bajo los requisitos que la ley procesal de la materia señale, teniendo la obligación de asistir jurídicamente al acusado desde el momento en que sea aprehendido, lo que obliga además a intervenir en la fase de averiguación previa a fin de cerciorarse de que se respeta el derecho del detenido a guardar silencio o bien de que sus declaraciones sean libremente emitidas, teniendo además la facultad de ofrecer pruebas y solicitar su desahogo".(20)

b) Asistir diariamente a los tribunales de su adscripción y a sus propias oficinas, de conformidad con el horario del juzgado de su adscripción.

Esta obligación es impuesta debido a la vigilancia constante que el defensor debe observar por el curso del proceso, verificando el cumplimiento de los términos, el correcto diligenciamiento de las audiencias, su asistencia en todos los actos del procedimiento y en el asesoramiento brindado directamente al acusado y/o a través de sus familiares informándoles el estado procesal de los juicios.

c) Ofrecer las pruebas y promover las diligencias necesarias para el éxito de la defensa, así como presentar los alegatos de las audiencias que procedan.

El defensor para el cumplimiento de su obligación, tiene la facultad de ofrecer todo tipo de pruebas y promover las diligencias necesarias para la defensa, y siendo su encargo gratuito para el procesado, puede auxiliarse de este o sus familiares para el desahogo de las mismas, procurando ante todo, el menor gasto posible para estos, pero sin que ello afecte la continuación del proceso.

d) Interponer y continuar los recursos que procedan conforme a ley.

Pendiente de la secuela procesal es el Defensor de Oficio, quien advierte de inmediato la afectación que para los intereses legales del procesado puede representar una resolución judicial. Así, la ley adjetiva penal señala cuales de estas pueden ser recurridos a través de la apelación, o la revocación. Estableciendo el mecanismo adecuado y el tiempo para la interposición de los mismos y es aquí cuando el criterio del Defensor de Oficio le orientara sobre la oportunidad de interponerlos o no, previendo siempre la marcha ininterrumpida de los procesos y la pronta y expedita aplicación de justicia.

e) Promover juicio de amparo cuando consideren que las garantías individuales de sus defendidos fueron violadas.

La violación de los derechos individuales del procesado no pueden pasar inadvertidas por el Defensor de Oficio pendiente del curso del juicio, quien debe interponer el amparo a efecto de que vuelvan las cosas al estado en que se encontraban antes de la violación; sin embargo, aquí también es menester considerar la trascendencia de la violación a la garantías, y la oportunidad de interposición del amparo, propugnando ante todo por la rápida obtención de la libertad de quien defiende y la celeridad de la etapa procesal,

f) Prestar asesoría a los sentenciados para la obtención de los beneficios que señalan en la ley de ejecuciones de sanciones privativas de la libertad en vigor.

Reviste especial importancia el que el Defensor de Oficio esta en estrecha relación con quien defiende no solo de la secuela procesal, sino del sentido de las sentencias y la compurgación de las condenas, a efecto de la tramitación de la preliberación, libertad anticipada o remisión parcial de la pena, beneficios que contempla la Ley de Ejecuciones de Sanciones Privativas de libertad y que la Secretaria de Gobierno en conjunción con el Defensor de Oficio tramita regularmente

g) Acudir dos veces por semana a los centros de readaptación social del lugar de su adscripción, a fin de recabar los datos necesarios para las defensas que tengan a su cargo, e informar a los reos de la marcha de sus procesos.

Amen de informar a los reos de la marcha de sus procesos, es importante la visita semanal que se efectúa a los Centros de Readaptación Social, habida cuenta que quien goza de tranquilidad de animo al sentirse visitado y atendido jurídica y moralmente, colabora eficazmente a su defensa redundando ello en la buena marcha de los procesos y en resultados favorables en la sentencia

h) Rendir por escrito a la Dirección dentro de los primeros diez días de cada mes, un informe de las actividades desarrolladas ante el tribunal de su adscripción, anexando copia de las promociones presentadas, y dando aviso del sentido de las sentencias recaídas en las causas en que intervengan.

La Secretaria de Gobierno a través de la Dirección de la Defensoria de Oficio exige a todos los defensores de oficio en materia penal en el Estado, un informe detallado de las actividades mensuales desarrolladas en sus centros de trabajo a efecto de verificar su asistencia a los Juzgados y Agencias del Ministerio Publico, la correcta tramitación de los juicios y las necesidades y aptitudes de dichos profesionistas, para optimizar el desempeño de sus labores, implementando cursos de actualización y capacitación con regularidad y que con lleven al correcto cumplimiento de su servicio profesional prestado

i) Formar el libro de "Estado de Procesos" que contendrá los siguientes datos:

- * Nombre de la causa.
- * Nombre del acusado.
- * Delito o delitos que se le imputan.
- * Libertad provisional bajo caución, señalando la garantía fijada, y si esta fue otorgada o no.
- * Declaración preparatoria, anotando la fecha de su celebración.
- * Terminó, anotando su fecha de notificación, el sentido del mismo y si este fue o no recurrido.
- * Careos constitucionales, anotando la fecha de su celebración.
- * Etapa probatoria, anotando la naturaleza de pruebas ofrecidas, su fecha de promoción y de su desahogo.
- * Conclusiones, anotando su fecha de presentación.
- * Sentencia, anotando su fecha de notificación, el sentido de la misma, beneficios otorgados en el caso de que se tenga derecho a los mismos, si hubo o no condena de la reparación del daño y si la resolución fue recurrida o no.
- *Sujetarse a las instrucciones que reciban del director de asuntos penales y solicitarlas cuando lo estime necesario o conveniente para el cumplimiento de sus atribuciones.

* Las demás que les fijen las leyes.

El buen desempeño del defensor de oficio debe verse reflejado en un libro del estado de Procesos, ordenado, limpio al día en anotaciones que evidencie que esta pendiente del curso de los procesos y presente en las diligencias de los mismos; control de procesos que además facilita la diaria labor del defensor para la correcta continuación de la secuela del juicio.

4.- RETRIBUCION ECONOMICA.

Previamente a la toma de posesión del cargo y, en consecuencia, a la iniciación de labores, La Constitución impone a los funcionarios públicos, sin excepción alguna, la obligación de rendir la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanan.

La simple promesa de decir verdad y la de cumplir las obligaciones que se contraen, sustituyen al juramento religioso en sus efectos y penas; pero una y otra solo son requisitos legales cuando se trata de afirmar un hecho ante los tribunales, en cuyo caso se prestara la primera, y la segunda cuando se tome posesión del cargo o empleo. Esta ultima se prestara haciendo protesta formal, sin reserva alguna, de guardar y hacer guardar, en su caso, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con sus adiciones y reformas y las leyes que de ella emanen. Tal protesta la deberán prestar todos los que tomen posesión de un empleo o cargo publico, ya sea de la Federación, de los Estados o de los Municipios. En los demás casos en que con arreglo a las leyes el juramento producía algunos efectos civiles, deja de producirlos la protesta, aun cuando llegue a prestarse.

Por su parte, la Constitución de 1917, en el artículo 130, dispone: "La simple promesa de decir verdad y de cumplir las obligaciones que se contraen, sujeta al que la hace, en caso de que faltare a ella, a las penas que con tal motivo establece la ley".(21)

El Defensor de Oficio como empleado publico, tiene también la obligación de protestar el fiel cumplimiento de su cargo, y en caso de no hacerlo o faltare a su cumplimiento la ley previene sanciones en el reglamento interno de la Institución.

Así, frente a toda obligación del funcionario o empleado subsiste siempre un derecho correlativo y siendo la naturaleza de esos derecho de observancia obligatoria para el Estado, se establecen en disposiciones generales contenidas en la Ley Fundamental, debiendo para su regulación, tomarse en consideración los siguientes elementos:

1o.- El funcionario o empleado, en su carácter de titular de un cargo publico, tiene facultades respecto de los particulares. Tales facultades constituyen la esfera de competencia que forma el cargo publico, y es, por lo tanto, competencia del estado. De manera que cuando esta ejercitándose dicha competencia no puede decirse que haya ejercicio de derechos del empleado o funcionario. Solo se tratara de ellos cuando se les considere en calidad de particular frente al Estado.

2o.- Las obligaciones y derechos del funcionario o empleado constituyen una situación jurídica general no establecida para individuo en particular.

3o.- El hecho de que sea una ley la que define la situación del empleado o funcionario, no debe ser motivo para negar la existencia de derechos a su favor, pues la ley se considera como una de las fuentes de derecho.

4o.- Tampoco se puede negar la existencia de un derecho por la simple circunstancia de que no sea de índole patrimonial, ni pueda disponerse de el, pues aun el mismo derecho civil reconoce otros derechos distintos de los patrimoniales y que son también intransmisibles, tales como los derechos de familia y, entre los patrimoniales, algunos también pueden ser intransmisibles, como sucede con los de un socio en una sociedad intuitu personae.

5o.- Por ultimo, el respeto en favor del empleado de las prerrogativas que la ley otorga no es incompatible ni con la exigencia de ir adaptando el servicio a las necesidades que el Estado debe satisfacer por conducto de la Administración ni con el funcionamiento regular y continuo de dicho servicio. Es decir, aun considerando a la Administración obligada respecto al empleado mientras rige la ley que impone la obligación, y solo mientras rige, no se desvirtúan los principios que inspiran al estatuto del empleado, y por lo mismo, el Poder publico puede cambiar dicho estatuto para hacer mas eficaz el servicio.

Así el funcionario y el empleado gozan, además de ciertas ventajas materiales que el Estado les otorga.

Entre esas ventajas se encuentra, en primer termino, la remuneración, que en la mayoría de los casos recibe el nombré de sueldo y que se fija unilateralmente por el Estado, sin que pueda ser motivo de alteraciones por la vía contractual

Se discute en doctrina la verdadera naturaleza jurídica de la percepción del sueldo por el empleado. Dentro de una primera opinión, se niega que el empleado tenga un derecho al sueldo, porque "el sueldo, la pensión de retiro y toda las ventajas materiales, dice Duguit, son fijadas por la ley del servicio, no en razón de las prestaciones proporcionadas, sino para dar al funcionario una situación material y moral en relación con la función que desempeña y que le permita asegurar el buen funcionamiento del servicio publico, sin tener que preocuparse por las necesidades de la vida.

El sueldo, las ventajas materiales de cualquier naturaleza, aprovechan ciertamente al funcionario; pero son establecidos, y el quantum es fijado, no en vista del funcionario, no en razón de las prestaciones que el proporciona, sino en vista del buen funcionamiento del servicio publico.

La segunda opinión sostiene que el empleado tiene un verdadero derecho de crédito y que el sueldo no puede entenderse sino como una contraprestacion por los servicios que presta, sin que quepa objetar que la relación de servicio no es un contrato, pues el derecho que asiste al empleado podría explicarse, en ultimo termino, como una acción de enriquecimiento ilegítimo, mediante la cual podría repetir por aquello en que ha enriquecido a la Administración. Dentro de este modo de pensar se define el sueldo como la "retribución en dinero que el funcionario o empleado percibe por el servicio prestado, retribución equivalente y en proporción a la duración del servicio y que, fijada anualmente, es pagada por periodos regulares".

El sueldo del funcionario publico es una compensación de los servicios que presta, como se desprende de los artículos 5o y 13 constitucionales. El primero establece como regla general que a nadie se le puede obligar a prestar trabajos personales sin la justa retribución, y el segundo determina que ninguna persona puede gozar mas emolumentos que lo que sean compensación de servicios publico y estén fijados por la ley.

Dentro de la legislación positiva, el sueldo tiene el carácter de "justa retribución", de una "compensación", es decir, de una verdadera contraprestacion.

Que el sueldo sea fijado en atención al buen servicio y de acuerdo con el rango social que corresponda al carácter de la función encomendada, no le quita su carácter de compensación, pues mientras mas elevada sea la función, se tiene que prestar un servicio mas eficiente y de mayor responsabilidad.

Esta circunstancia lo mas que puede explicar es que el sueldo no sea renunciable, pero no que deje de ser una contraprestacion del servicio.

Tampoco puede ser negado el carácter de derecho que tiene el sueldo por la circunstancia de que, mientras no se devenga, puede ser modificado libremente por el poder publico, pues la posibilidad de variarlo no es un elemento esencial del sueldo.

En este contexto el Defensor de Oficio, es un empleado profesional del derecho que tiene titulo y grado universitario que garantizan la eficiencia del servicio y función encomendada y que recibe por ello retribución económica por parte del Estado gozando del carácter de trabajador de confianza.

Sin embargo, por regla general es un abogado muy mal remunerado, y el pobre que acude a sus oficinas no recibe en rigor un servicio gratuito, como debiera ser ya que tiene que destinar alguna cantidad de dinero para la promoción y desahogo de pruebas.

Lo ideal seria, que la Defensoria de Oficio que brinda el auxilio técnico de los abogados, a quienes carecen de los medios para pagarlo, debiera organizarse bajo bases muy distintas, las cuales implican la prestación de dicho servicio por profesionales capacitados, honorables y bien remunerados. También debería de hacerse un estudio sociológico de los presuntos necesitados del servicio, que redundaría en una considerable disminución del numero de causas penales que maneja un Defensor de Oficio en el Estado, quienes en la actualidad patrocinan la defensa de un 80% de procesados en los Juzgados de Primera Instancia, y que conlleva a considerar que la excesiva carga de trabajo impide, en algunos casos la optimizacion del servicio.

Además es innegable que la Institución de la defensoria de Oficio en el Estado carece de un departamento de servicios Periciales, que obstaculiza en gran medida la promoción de medios probatorios de defensa y que implica además erogaciones económicas para los indiciados que son indigentes, asimismo la ausencia de una

infraestructura material y humana adecuada dentro de dicha. Institución no permiten siempre un completo y cabal desempeño del cargo, empero, esto no es obstáculo para afirmar que el servicio del defensor de Oficio tenga el carácter de gratuito para los procesados.

Pero debe procurar ante todo, que la obtención, presentación y desahogo de los medios de prueba dentro del enjuiciamiento conlleven el menor gasto económico para estos, y así la impartición de justicia pueda ser lo más pronta y expedita posible; fiel reflejo de un proceso celeril y adecuado.

En conclusión, es menester que la defensoría de Oficio en materia penal en el Estado se organice debidamente, a efecto de adaptar sus servicios a las necesidades que debe satisfacer, abarcando al mayor número posible de demandantes, contando con una infraestructura material y humana adecuada, y que implicaría asegurar el buen funcionamiento del servicio público prestado.

Esta circunstancia es indudable que reportaría ventajas materiales al empleado y al quantum del sueldo o remuneración económica que fija el Estado, podría adecuarse al correcto desempeño del servicio público.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO II

- 12.- Pag. 27 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa, México 1995.
- 13.-Pag. 202 Mancilla Ovando, Jorge Alberto "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Procedimiento Penal" 2a. Edición. Editorial Porrúa, México 1989.
- 14.-Pag. 131 González Blanco, Alberto "El Procedimiento Penal Mexicano" 1a. Edición. Editorial Porrúa ; México 1975.
- 15.- Pag.137 Zamora, Jesús "Garantías y Proceso Penal" 5a. Edición. Editorial Porrúa Mexico 1991.
- 16.- Compilacion de Leyes del Estado Libre y Soberano de Guanajuato. Ley Orgánica de la Defensoría de Oficio 1995
- 17.- Pag. 146 Olga Islas Elpidio Ramírez, "Derecho Procesal Mexicano" 4a. Edición Editorial Porrúa Mexico, D.F. 1982
- 18.-Pag. 189 Obct. Mancilla Ovando, Jorge Alberto
- 19.-Diario Oficial de La Federación del 27 de Diciembre del año de 1993
- 20.-Obcit. Compilación de Leyes del Estado de Guanajuato
- 21.- Pag. 132 Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos

CAPITULO III

EL DEFENSOR DE OFICIO EN EL DERECHO EJECUTIVO PENAL

SUMARIO: 1) *Las sanciones penales, su clasificación.* 2) *La individualización de la pena.* 3) *Sistemas de tratamientos penitenciarios.* 4) *Órganos de derecho penal ejecutivo y su función.*

1- LAS SANCIONES PENALES, SU CLASIFICACION.

El sistema penal mexicano ha reaccionado, frente a la verificación de un hecho antijurídico, a través de mecanismos estatales de defensa denominados sanciones. La pena como sanción única ya se contemplaba en el Código Penal de 1871 como retribución moral por el hecho cometido, y como medida de seguridad, en el de 1929.

Ambos Códigos Penales tenían una concepción monista en su imposición. sin embargo, fue el Código Penal para el D.F. en materia de Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal de 1931, el que introdujo en el mundo del derecho punitivo mexicano el doppio binario es decir, la doble vía como sistema complejo de medios de lucha contra la delincuencia, y que, dependiendo de la entidad del hecho antijurídico y las circunstancias particulares del hombre delincuente, aplico para retribuir por el hecho cometido o para prevenir, removiendo aquella causa endogena que podría llevarlo de nuevo a violar la norma prohibitiva penal.

De esta manera al ser perturbado el ordenamiento jurídico por un evento criminal, dispuso que se aplicara una pena o una medida de seguridad al sujeto que hubiera violado las normas mínimas de convivencia para castigarlo, curarlo y devolverlo inmune de su eventual peligrosidad a la sociedad.

"Como la pena es el correlativo de la culpabilidad, así la medida de seguridad representa el sistema curativo que el Estado implementa en las personas peligrosas para tratar de readaptarlas a la vida social alejarla de ella, o por lo menos circunscribirlas en hospitales psiquiátricos o judiciales para tratarlos".(22)

"Estos dos institutos jurídicos se diferencian entre sí, ya que mientras la pena es fija y determinada en el tiempo, la medida de seguridad es en nuestro derecho positivo indeterminada en el mínimo y determinada en el máximo de duración (art. 69 del Código Federal); la pena es conminada a los reos imputables, y la medida de seguridad a los no imputables; la pena detentiva obra sobre la esfera física del delincuente, en cuanto lo constriñe a habitar en una prisión dejándolo libre en su esfera psíquica; en cambio, la medida de control interviene incluso en la esfera psíquica, en cuanto que conozca al individuo en un manicomio o casa de curación en la que el personal médico empleara los medios más diversos para eliminar aquellos factores que le impiden tener una relación normal con los otros y obrar sobre su sistema neurovegetativo o sobre sus impedimentos físicos o fisiológicos; mientras que la pena se aplica solo a sujetos que han cometido un hecho previsto por la ley como delito".(23)

Las medidas de seguridad se adoptan sin la efectiva comisión de un delito; las penas se aplican por la autoridad jurisdiccional, al contrario de las medidas de seguridad que se aplican directamente por un órgano administrativo; la pena se aplica como retribución y la medida de seguridad como prevención de hechos que la autoridad política o de seguridad pública reputa como peligrosos; la pena tiene como fundamento la culpabilidad del sujeto y la medida de seguridad, la peligrosidad del mismo.

Así, teniendo en cuenta que la voluntad de clasificar las sanciones impone siempre sus etiquetas, que a veces estas designan hechos evidentes, y en ocasiones son concebidas bajo una percepción personal del mundo, del conocimiento como vida y de la vida como erudición, clasificaremos las sanciones de acuerdo con nuestra experiencia de vida y con las fuentes culturales que adquirimos como jurista y criminólogo.

aquí haré una distinción entre penas que clasificar, al tenor del cuadro siguiente:

Atendiendo a su fin. Si el asignado por el Estado de las penas es de defensa social. es evidente que la pena de muerte, el confinamiento y la prisión sirven para eliminar o alejar a los elementos nocivos de la sociedad, a fin de que esta, cual organismo viviente, pueda desarrollarse con armonía, libre de los individuos que le causen agravios.

En cambio, si la finalidad que el Estado trata de alcanzar es el de readaptación del individuo, que mejor lugar para lograrlo que el seno de la sociedad y que sea esta la que contribuya a ello a través del tratamiento de libertad o semilibertad del sentenciado.

Si, por el contrario, se trata de inhabilitar al sujeto para prevenir que en el futuro cometa mas delitos, que mejor forma que suspenderle algún tiempo o privarle de sus derechos políticos y civiles, como los de tutela, curatela, apoderado legal, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, sindico o interventor en quiebra, destituirlo o inhabilitarlo de las funciones publicas.

Atendiendo al bien Jurídico protegido, pena capital, si el bien jurídico es la vida.

Penas corporales. Si se aplican directamente sobre el cuerpo del condenado en forma de azotes, marcas mutaciones, etc.

Penas privativas y restrictivas de la libertad personal. Si atentan o disminuyen la libertad de locomoción del individuo, como en el caso de la pena privativa de libertad en prisión, la prohibición de ir a un lugar determinado, el sometimiento a vigilancia de autoridad administrativa, o la obligación de residir en un determinado lugar y no salir de el

Penas pecuniarias. Son aquellas que disminuyen el patrimonio del activo del delito ya que imponen una obligación de pagar, restituir e indemnizar al Estado primeramente, o a la víctima o víctimas por el mal causado.

Penas suspensivas o privativas de derechos. Son aquellas que afectan de esa forma a los derechos políticos y civiles del condenado. Entre los primeros podemos citar la suspensión del derecho al voto activo y pasivo y los derechos civiles del condenado.

2.- LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.

El delito es un hecho natural, tan común en las comunidades primitivas como en las modernas. La esencia pecaminosa del hombre, su afán por acumular riquezas, sus rivalidades y egosmos siempre lo han impulsado a realizar conductas desviantes o criminosas y, consecuentemente, a alterar la paz social entre sus semejantes.

En un principio, el respectivo castigo de estas conductas quedaba al arbitrio de las clases reales y sacerdotales primero, y después al del ofendido o del jefe familiar. No existía un código punitivo escrito que castigara determinada conducta prohibida con una determinada sanción. Con la creación del Estado moderno, surgió el principio de la división de poderes y se estableció así la competencia de cada órgano del Estado para hacer leyes, para aplicarlas y para ejecutarlas.

El Estado se caracterizo por ser creador del derecho. La función legislativa es una actividad creadora del derecho objetivo del Estado, subordinada al orden jurídico y que consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos, luego entonces corresponde, al Poder Legislativo la tarea de elaborar y discutir entre otras, las normas jurídicas penales que definen con certeza las conductas prohibidas, y al Poder Ejecutivo refrendarlas, publicarlas y sancionarlas, a fin de que los gobernados conozcan su vigencia.

La comunicación impresa es el medio mas común para dar publicidad de estas normas pretende, a través de su efecto disuasivo, si no hacer desaparecer el delito como fenómeno social, al menos disminuir el índice de criminalidad a su mínima expresión, a índices tolerables para la convivencia armónica de la gente.

Por su parte, la sociedad civil también ha creado, a través de su historia, agentes y procesos de aculturación que han ayudado a la sociedad misma, interesada también ella en el combate contra la criminalidad, lograr tan anhelado fin. La educación familiar, las normas de urbanidad y religiosas, el culto a los héroes y a los santos, son factores que han contribuido de esta manera a alejar a las personas de la tentación de cometer delitos y a formar buenos súbditos y gobernados. Cuando estos factores y agentes fracasan, se recurre como razón ultima a la norma jurídica penal, aun cuando no sea el recurso mas idóneo ni deseable para enfrentar el evento antisocial. Por ello, el derecho liberal

reservo el principio de mínima intervención para el derecho punitivo, teniendo en cuenta que por otros medios se pueden lograr los mismo objetivos.

La dinámica de creación de la norma jurídica penal encuentra su legitimación, así pues, en la necesidad social derivada de la constante y creciente realización de conductas que en un momento histórico la opinión publica cataloga como alarmantes o antisociales, y reacciona recurriendo al Poder Legislativo a fin de que este, mediante el consenso partidario que no es mas que el de la sociedad representativa políticamente, se eleve a la categoría de delito y permanezca en la norma como una institución jurídica, cuya infracción será valorada posteriormente como antijurídica por otro poder del Estado: el Poder Judicial.

Si la exigencia de titular los derechos del hombre frente a las autoridades administrativas indujo al legislador a penalizar, es decir, a transformar en delitos algunos hechos que inicialmente constituían solamente ilícitos civiles o administrativos, en el sexenio pasado se observo el fenómeno inverso; la tendencia a despenalizar tales conductas y transformarlas en infracciones administrativas, con el objeto de disminuir el numero de procesos que tenían los jueces penales, disminución que en fin de cuentas tendría el efecto de hacer mas expedita la justicia y despoblar un poco las hacinadas prisiones.

Las misma razones habría para que algunos delitos mas se persiguieran a petición de la parte ofendida y no oficiosamente, como sucedería en los robos simples y fraudes que no pasaran de quinientas veces el salario mínimo, o también el rapto de mujer adulta (enero de 1990).

La dinámica de creación de la norma jurídica penal encuentra además su legitimación en la racionalidad y proporcionalidad de la misma. Hoy en día, para determinar cuantitativamente el minimax de punibilidad, el legislador debe atender la calidad del bien jurídico que se pretende tutelar y sobre todo debe cuidar que la sanción a determinar sea idónea o racional para intimidar a la personas a quienes va dirigida la prohibición que, además, debe guardar la debida proporción a la sanción o daño causado.

Es a raíz del cambio de un derecho penal del hecho a un derecho penal de autor que surge la idea de la individualización de la sanción, en la cual se tuvieron en cuenta primordialmente las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad

penal y los mínimos y máximos de sanción que pudieran corresponderle con base en las condiciones subjetivas del autor del injusto. El compromiso histórico, si así pudiéramos llamarle, entre la escuela clásica y la positiva a la cual condujo la dirección intermedia, llevo al legislador actual a señalar, en una posición ecléctica, que dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicaran las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

La racionalidad aconseja que el legislador prefija parámetros estables y variables dependientes a señalar el minimax de las sanciones. Un ejemplo del parámetro estable es que, al elaborar o reevaluar un código penal, debe partir del hecho de que la protección de la vida, como máximo bien jurídico del hombre, estar protegido en mayor proporción que los demás bienes, incluyendo los patrimoniales, pues mayor valor del bien jurídico corresponde mayor cantidad de punibilidad. Las variables dependientes serían la forma dolosa o culposa de cometer el mismo, la lesión o puesta en peligro o la ejecución por acción u omisión y las agravantes o atenuantes que rodeen el hecho.

Que la punibilidad sea racional, implica que la efectiva selección de cuotas sancionadas accione la eficacia general preventiva de la norma jurídica penal, lo cual lleva a elaborar sanciones que no son tan leves ni graves, sino equilibradas. Si la punibilidad es muy grave, ser poco aplicable y, finalmente, la opinión pública terminar por pedir su derogación. Dichos supuestos se actuarían si el legislador determinara como sanción del homicidio una simple pena pecuniaria o si permitiera en ciertos casos la compositio; en el caso extremo se encontraría la pena de muerte.

Aun más, no se debe perder de vista que si la sanción no es fácil de instrumentar en la vida práctica, como sucede hoy en día con el trabajo en favor de la comunidad o el tratamiento en hospitales psiquiátricos, su implantación legislativa termina por autodestruirla paulatinamente, al no existir los lugares o medios en que se ejecute la sanción correspondiente.

El que las sanciones sean proporcionales, indica que hay que guardar la debida discrecionalidad legislativa respecto de los minimax de cuotas sancionadoras señaladas en la parte general del código, pues si la sanción general va de tres días a una máxima general de 30 años, el legislador debe moverse dentro de estos parámetros y seleccionar el término medio de dichas cuotas para el tipo fundamental o básico del delito cuyo bien jurídico represente al protección central.

Si al legislador corresponde elaborar las leyes y sus respectivas sanciones, el juez es el único órgano llamado a interpretarlas y aplicarlas al caso concreto.

"Por ello, cuando manifestamos que la punci3n es un acto con el cual concurre instantánea y simultáneamente en el animo del juzgador todo el bagaje de conocimientos jurídicos, criminológicos y su experiencia de vida al imponer un castigo adecuado al hombre que hallare responsable de un hecho antijurídico, sin duda afirmamos una cosa cierta, porque en verdad no existe en la tierra un acto de tanta trascendencia ética como el hecho que un hombre juzgue a su semejante, independientemente del poder con que se encuentre investido".(24)

Y no puede ser de otra manera, pues el típico caso de una justicia imperfecta lo ejemplifica el procedimiento punitivo. El procedimiento se ha dispuesto para buscar y establecer la verdad jurídica del caso que debe coincidir, en el momento del juicio, con la verdad histórica del hecho. La culminación del juicio ser una declaración de culpabilidad o inocencia y la imposición de las penas concretas al sentenciado.

Esta serie de actos, a los ojos de la víctima o víctimas, es un rito incomprensible pues se otorgan al acusado toda una serie de garantías procesales que contrastan con su impropeder y su actuación inconsecuente. Por otro lado, el juez penal debe allegarse de las pruebas aportadas por las partes, de los elementos necesarios para emitir una sentencia justa. La justicia es, así pues, la finalidad deontológica a alcanzar, el ideal de todo fallo humano que aspira a preservar la paz social, al dar a cada uno de ellos, reo y agraviado, lo que merecen.

En estos términos, parecería que la función del juez fuese una operación sencilla y muy simple. Cuando se le presenta un caso, debe extraer los hechos mas importantes del problema, luego encuadrarlo dentro de la disposición legal apropiada a razonar por que esta es aplicable al caso. Debe observar en suma el principio de legalidad y la debida fundamentacion y motivación exigida a todo acto de autoridad. Si trata de suavizar el rigor de una ley en un caso difícil, debe excluir de su obrar toda clase de consideraciones extrajurídicas.

La discrecionalidad judicial restringida al minimax de cuotas sancionadoras le impide, a su vez, imponer una pena que traspase dichos limites.

Pero aun cuando se obedezcan cuidadosamente las reglas procesales y se observen correctamente las normas de individualización judicial, se puede llegar a un resultado equivocado: un hombre inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad; o bien al responsable de un delito se le puede imponer una sanción demasiado severa o una demasiado leve.

"En tales casos, hablamos de un error de la justicia surgido de una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el fin y la función judicial. Aun cuando estos errores no constituyen la regla general sino la excepción, el dogma de la infabilidad del juez penal ha perdido vigencia. Hoy, los errores de la justicia se atribuyen al factor humano y no a la norma, y para corregirlos se han establecido los remedios jurídicos que tienden a revocar o a modificar las determinaciones equivocadas. Por medio de los recursos de apelación o casación y a través de la impugnación en la vía constitucional, ejercidos sucesivamente, se pueden corregir los errores judiciales".(25)

Partiendo de estas premisas, centraremos nuestro estudio en los errores relativos a la imposición de sanciones. Nosotros pensamos que si existen errores en la actividad jurisdiccional que den lugar a sentencias dispares, esto se debe a los siguientes factores: 1.- Diferencias existentes entre los jueces en particular; 2.- Diferencias entre el procedimiento adoptado a los procesados, aun cuando estos sean juzgados por el mismo delito y en presencia prácticamente de los mismos factores; 3.- Diferencias relativas al tipo de delito, esencialmente los patrimoniales, en los cuales se impondrán las diferentes sanciones en razón del valor del objeto desapoderado; 4.- Las disparidades de sanciones entre los códigos penales estatales y el Código Penal Federal".(26)

Todo esto hace pensar en lo delicado de la función jurisdiccional y en la importancia de la selección de la persona destinada a interpretar la concreta voluntad de la ley. Esta selección se puede aspirar a varios criterios y principios que, a su vez, podrían dar lugar a diversos problemas y límites encontrados. Toda la historia de la jurisdicción pasada y presente muestra, en efecto, los grandes intereses que siempre han girado alrededor de la nominación del juez penal: intereses de carácter moral y jurídico, inspirados en la exigencia de una recta administración de la justicia; intereses de carácter político, por la influencia determinante que el juez ejerce en la vida social y por el control de un poder sobre otro, pues al lograr la docilidad del Poder Judicial, este resolvera los casos según los designios del Ejecutivo en turno y dejara a un lado las garantías individuales del gobernado.

Existen otros factores relacionados con la administración de la justicia que influyen en el órgano juzgador al ejercer el ius puniendi judicial, como son la forma del juicio (sumario u ordinario), la sobrecarga del trabajo, el tipo de abogado defensor y la reacción de la opinión pública.

En un juicio sumario, debido a la escasa importancia del delito cometido y la punibilidad de hasta dos años de prisión reservada para dichos ilícitos, es de esperarse que el juez federal termine por imponer una medida alternativa a la detención: sustitución de la pena privativa de libertad por multa o, en virtud de la confesión del imputado tanto en indagatoria como en el proceso, que el juez termine por imponerle la pena mínima o una cercana a esta.

No sucede así en un procedimiento ordinario, en el cual la buena y cuidadosa defensa de un abogado particular hará que el juzgador revise cuidadosamente el expediente para dictar una buena sentencia, pues de antemano sabe que el resultado será apelado por una de las partes y que no solo tal determinación estará en juego, sino también su prestigio de funcionario ante sus superiores que conocerán finalmente de aquella decisión.

La sobrecarga de trabajo en un juzgado hace que el juez del conocimiento, al momento de sentenciar, soslaye ciertos detalles que lo puedan inducir a cometer deslices jurídicos, con la íntima convicción de que sus superiores, al revisar el asunto, sabrán comprender su situación.

Sin embargo, es precisamente el factor humano el más relevante de ellos para hacer surgir la disparidad de sentencias, porque al ser un hombre mortal quien juzgue a otro ser humano, invariablemente las decisiones tomadas están impregnadas de su huella, de sus emociones y vaivenes, pues aun cuando sus virtudes públicas superen a sus vicios, el juzgador no deja de ser infalible y cometer errores de apreciación que salen a relucir cuando un observador no interesado compara las sentencias dictadas por el mismo juez en un lapso de tiempo no muy amplio, o bien las confronta con otras emitidas por sus colegas en diferentes partes de la República.

El hecho de que el factor individual fue uno de los parámetros que más influyeron en la disparidad de sentencias, lo demuestra otra investigación personal llevada a cabo sobre el problema de la determinación de sentencias que presentan diferencias individuales de enfoque entre los distintos jueces y magistrados federales, como razón principal de las decisiones judiciales.

Determinada legalmente la sanción por los tribunales de justicia y agotados los remedios penales o vías de impugnación para modificarla, la sentencia se convierte en una cosa juzgada y debe ser ejecutoriada. El reo pasa de una institución de custodia preventiva a una ejecución de penas, el sentenciado que permanecía bajo el amparo del Poder Judicial, esta ahora bajo la custodia de la administración penitenciaria, es decir, del Poder Ejecutivo.

Es la última etapa del sistema de administración de la justicia penal, cuyo resultado da la pauta al Estado para evaluar su política criminal. Cada uno de sus polos (subsistemas legislativo de individualización de las sanciones, judicial de determinación de la pena e individualización de la pena-tratamiento) desarrollan una función específica dentro del engranaje del combate a la criminalidad.

La disfuncionalidad de alguno de ellos puede hacer fracasar la política criminal del Estado. Existe disfunción cuando, por ejemplo, el órgano legislativo, a fin de combatir el narcotráfico, eleva la punibilidad de los delitos contra la salud; el órgano encargado procura la justicia pone todo su empeño en la persecución de los delincuentes y los coloca bajo la sombra del poder jurisdiccional. Si uno de los jueces, al momento de aplicar el derecho, les otorga su libertad o impone una sanción mínima, es claro que además de generar una reacción colectiva-negativa, el Poder Judicial da muestra de una falta de coordinación entre los otros dos Poderes y de debilidad o de choque entre estos dos órganos de la administración de justicia, aun cuando alegue autonomía de poderes de los mismos. El mismo sentimiento de frustración acontece si el Poder Judicial, después de un largo y combativo procedimiento, impone una sentencia condenatoria, y la administración penitenciaria (Poder Ejecutivo) deja escapar al reo o le permite su libertad antes de purgar totalmente la pena impuesta.

En este último supuesto, se habla de ruptura del principio de inderogabilidad de la pena, de invasión de competencias, de lo infinito del Poder Judicial y del mito de la ejecución de las sanciones.

3.- SISTEMAS DE TRATAMIENTOS PENITENCIARIOS.

A la prisión, considerada en la actualidad como el máximo control social con el que cuenta el Estado se le ha cuestionado desde sus bases teóricas, sus fines, sus objetivos y principalmente su efectividad, constituyéndose en el blanco de ataque de un sistema de administración de justicia penal en crisis.

Diversos especialistas han concluido que existe una hipertrofia del sistema represivo, y esto es un peligroso indicador de la ineficacia de la política oficial y específicamente de su política criminal y penitenciaria

Las instituciones de ejecución de penas revisten pluralidad de objetivos, destacando entre otros: retribución, readaptación y según Mireles "un carácter político como una forma de control social".

"En la normatividad mexicana en materia penitenciaria no se encuentran asociados presupuesto y fines de la pena, ya que se ha dejado intactas las bases sistemáticas de la teoría de la retribución, y con las recientes reformas jurídico-penales se da un abandono de concepciones de prevención especial, que habían coadyuvado a humanizar la ejecución penal y específicamente el sistema penitenciario; es mas, de la concepción que el sistema debe de estar al servicio de la idea de resocialización (la pena debe ser usada para readaptar al sujeto) surge una línea dura enfocada a la teoría de la culpabilidad, que como lo menciona Righi, "retoma esquemas talionarios, retributivos de prevención general", así se aprecia que".(27)

- El artículo 18 constitucional consagra la readaptación social como fin de la pena.

- El Código Penal mantiene un sistema basado en pautas retributivas y de prevención general.

- El Código de Procedimientos Penales esta orientado a la comprobación de la culpabilidad del autor por la realización del injusto típico.

- La ley que establece las normas mínimas para la readaptación social de sentenciados esta orientada claramente en criterios preventivos especiales.

"Si a lo anterior agregamos que en los últimos congresos efectuados en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente de la Organización de Naciones Unidas se ha discutido y concluido la conveniencia de reducir el numero de internos en las prisiones ya que su traumática ejecución ha sido negativa, constituyendo en la mayoría de los casos un factor criminogeno de primer orden, para la recaída o reincidencia en el delito".(28)

A través de varios siglos de existencia la cárcel ha adoptado una diversidad de modelos sistemáticos para el trato y el tratamiento del sujeto aprisionado destacando entre otros: medico-psiquiatrico, terapéutico y readaptador.

"Considerando necesaria su evolución a instituciones de verdadero tratamiento que permitan en un futuro crear una comunidad terapéutica, que incida en la rehabilitación del desviado social y lograr su cambio en una persona apta para la libertad con un adecuado equilibrio biopsicosocial".(29)

En lo particular me adhiero al modelo de comunidad terapéutica, a pesar de ser duramente cuestionado el "intentar readaptar" a un interno, ya que se argumenta que se viola el derecho de una persona para elegir libremente como quiere ser, esgrimiendo entre otros cuestionamientos.

Como se ha preciado, las concepciones del sistema penitenciario han avanzado de manera significativa replanteando ideas tradicionales y en algunos casos estableciendo mecanismos modernos que inciden directamente en la prisión y en los hombres que en ella se encuentran reclusos.

Por lo que se propone toda una corriente de restablecimiento de un orden jurídico penitenciario que concilie el pleno derecho de los encarcelados con la observancia de normas de trato por parte de las autoridades y un sistema lógico y progresivo que permita al interno acceder y gozar del derecho de recibir tratamiento, así como dotarlo de potencialidades que lo hagan apto para su vida en libertad.

En la actualidad los diversos reclusorios y centros de readaptación social existentes en el país, forman parte de un sistema complejo, que se hace necesario regular y adaptar a las necesidades vigentes, contando con una gama variada de acciones y técnicas terapéuticas, sin que se haya un adecuado programa evaluatorio y de supervisión de las actividades detectándose que no es conveniente continuar utilizado una cantidad de recursos humanos, técnicos y económicos en programas readaptatorios, sin que exista una constante evaluación de los resultados.

Los medios que el tratamiento penitenciario dispone, son fundamentalmente de dos clases: preservadores y readaptadores.

Los preservadores tienden a la conservación de la vida y la salud del interno, necesidades básicas como la alimentación, la salud, la seguridad, etc., y a evitar los factores contaminantes de la prisión.

Los medios readaptadores son aquellos que influyen positivamente sobre la personalidad del interno y la modelan.

Al ingresar un interno al reclusorio se desarrolla una complicada maquinaria tecnico-administrativa, para resocializarlo a través de atención individualizada entendiéndose por tratamiento penitenciario "la aplicación intencionada a cada paso particular de aquellas influencias peculiares, específicas reunidas en una institución determinada para remover, anular o neutralizar los factores relevantes de la inadaptación social del delincuente".(30)

El Dr. Carlos Tornero Díaz elaboro en 1990, una clasificación de tratamiento con fines tanto didácticas como prácticos, que no se ha superado en la actualidad, partiendo de la idea de que la totalidad de la institución carcelaria debe de estar impregnada de la idea reeducativa y terapéutica, a continuación se ilustrara dicha clasificación.

Debera entenderse por tratamientos básicos, aquellos procesos dirigidos a incrementar y/o mejorar las potencialidades laborales, capacidades y educativas de los internos que contribuyen a lograr su readaptación social. Tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 18 constitucional, consistirán en:

1) El trabajo que es pilar en el tratamiento penitenciario, ya que coloca a la base del mismo en el concepto reintegración al grupo social y que permite que el interno sea reproductivo y contribuya al sostenimiento de sus dependientes económicos, situación que incidir en su equilibrio emocional durante su permanencia en la institución.

2) La capacitación para el trabajo es determinante en el proceso readaptatorio, ya que cuando el interno, egrese de la prisión le permitir colocarse en un trabajo remunerado, destacando la capacitación industrial, artesanal, en artes y oficios y en actividades para elevar el nivel de vida.

3) Por ultimo, dentro de los tratamientos básicos se encuentra la educación, entendida como un proceso integral tanto instructivo como formativo que introduce en el interno normas y valores sociales y de comportamiento en su medio social, así como le permitiría incrementar su nivel escolar. Consistirán en la enseñanza escolar, dividida en alfabetización, primaria, secundaria y preparatoria y en la participación de las reas de cultura, recreación, deportes y extensión educativa, a fin de lograr la formación integral del interno.

Los tratamientos de apoyo consisten en las terapias medica, medica-psiquiatrica, psicoterapias individuales y/o grupales y la socioterapia (constituida por la atención de visita familiar e intima), que incidira en el restablecimiento de la salud y en la reintegración al núcleo familiar y social del interno.

Los tratamientos auxiliares son todas aquellas acciones implementadas, técnicamente dirigidas a los internos, enfocadas a medidas preventivas, informativas y asistenciales que coadyuven en su reincorporación social y son: platicas preventivas sobre farmacodependencia, alcoholismo, orientación sexual y familiar, la atención espiritual y la asistencia del voluntariado.

Las medidas de seguridad para inimputables, son aquellas medidas aplicables obligatoriamente sin carácter afflictivo a los internos, en este caso mayores de edad que presenten oligofrenia o perturbaciones psiquiatricas, que no cuentan con la capacidad decisoria de querer y entender, las medidas de seguridad consisten en atención medica, psiquiatrica, psicológica, de trabajo social, criminologica y rehabilitatoria.

Por ultimo, el tratamiento preliberacional, en institución abierta encuentra su fundamento en la ley de ejecución de sanciones privativas de libertad, son instituciones abiertas los establecimientos destinados a los internos que por acuerdo de la autoridad competente (en este caso la Dirección General de Prevención y Readaptación Social), deban continuar en ellas el tratamiento readaptatorio mediante las medidas previstas por el artículo 8o. fracción V de la Ley de Normas Mínimas y que son:

-Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salidas en días hábiles con reclusión de fines de semana.

El tratamiento preliberacional es la ultima fase o paso del sistema progresivo que prepara el interno a su próxima libertad, es un mecanismo gradual de libertad controlada por las autoridades, quienes deben de supervisar y proporcionar ayuda al recién liberado coadyuvando en su proceso de reinsercion, sobre todo en lo que respecta a los cambios bruscos, en su encuentro con la sociedad y la familia.

"Actualmente la concepción del tratamiento progresivo en México se encuentra alterada ya que la política que desde hace años viene adoptando la Dirección de Prevención y Readaptación Social, sobre el otorgamiento de beneficios preliberacionales se enfoca y condiciona a la manifestación conductual que el interno haya desarrollado en prisión y no como un paso necesariamente obligatorio, siguiendo la idea del Dr. Estaban Righi, el régimen preliberacional debe de ser obligatorio, porque de todos modos en algún momento el encarcelamiento debe cesar y esto debe ocurrir como máximo en un plazo fijado

por el juez en la sentencia. No debe supeditarse el beneficio preliberacional a que el interno haya observado buena conducta, ya que quien tuvo mal comportamiento carcelario necesita mas que nadie pasar por el sistema intermedio de libertad bajo control".(31)

Como se podrá apreciar, se pretende que los centros penitenciarios no sean únicamente establecimientos de estancia controlada para internos residuales donde se apliquen acciones aisladas, sino que el tratamiento intercarcelario sea congruente con la realidad del universo aprisionado, en donde se precise la instrumentación específica de métodos para conseguir un fin que es la reincorporación social del interno.

4.- ÓRGANOS DEL DERECHO PENAL EJECUTIVO Y SU FUNCIÓN.

En estos tiempos de renovación y cambio, de adecuación de estructuras y procedimientos, para lograr el cumplimiento cabal de los principios básicos que rigen a una sociedad, ya sea en relación a su vida democrática o al ejercicio de sus libertades o al ensanchamiento de la justicia, es menester imaginar nuevas formas institucionales, para enfrentar los nuevos horizontes.

En este fin de siglo, resulta imperativo diseñar e implantar organizaciones de justicia que permitan el eficaz discurso de la Política Criminológica Mexicana, para no disociar propósitos de acciones; por ello, permitásenos plantear tan solo, algunos rasgos generales de lo que imaginamos, podría constituir una nueva organización de nuestra justicia penal.

"Dada nuestra naturaleza de República Federal, veamos en primer termino las estructuras de la federación. En materia de control de la constitucionalidad, la Suprema Corte debe asumir desde luego su verdadero papel de Tribunal Constitucional, para revisar la inconstitucionalidad de una ley o establecer la interpretación directa de algún precepto de la Carta Magna. Esta Corte de Derecho y no ya de Justicia, debe integrarse con un número reducido -tal vez 11- de Ministros, los que solo actuarían en Pleno y no ya en Salas. Sus resoluciones serian desde luego con efectos erga omnes, sin que para estas cuestiones privara la llamada formula Otero, consagrada para el caso del Amparo casación, en la fracción II del artículo 107 constitucional".(32)

Por cuanto la Procuraduría General de la República, resulta urgente desembarazar a esta Institución de su papel policiaco que ha asumido en fechas recientes y restituirle su antigua dignidad de Abogado del Estado Mexicano.

Para ello, seria prudente que el combate al narcotrafico se diera a partir de un organismo descentralizado, sectorizado a la Procuraduría General de la República, quien mantendría su Poder de Tutela, sobre el, pero este gozaría de autonomía técnica y funcional para el desempeño de sus atribuciones; recordemos que el fenómeno paraestatal en nuestro Derecho, concede a sus integrantes, facultades publicas in extenso, pues no son sino el Estado mismo que se descentraliza por materia, para cumplir con mayor

eficacia a sus deberes públicos. Por ello, no habría falta de competencia legal, para asumir funciones persecutorias del delito.

"De esta manera, el Procurador dejaría de ser el factor operativo en estas tareas y se convertiría en el supervisor legal y tutor administrativo de esta instancia, recuperando su jerarquía política de jefe de la Institución y no de protagonista directo. Al Director de ese organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, dedicado al combate al narcotráfico, se le designaría de una terna presentada por el Procurador al Presidente de la República y se ratificaría por la Suprema Corte, para un periodo máximo de 9 años, sin posibilidad de redesignación. Al dejar el cargo, este ex servidor público, debe seguir gozando de su salario de por vida, a fin de garantizar, durante su ejercicio su honorabilidad".(33)

Por lo que hace al fuero común, en materia de policía preventiva, debe intensificarse la descentralización de esta, entregando el mando a los Municipios y Delegaciones Políticas del Distrito Federal.

En cuestiones de Procuración de Justicia, también la desconcentración ha de ser la respuesta a adoptar; para el caso del Distrito Federal, y modelos semejantes en cada entidad federativa, resulta recomendable sectorizar la Capital del país en cuatro grandes áreas, dotando a cada uno de ellos de un Subprocurador General Regional, que atienda el tramo completo del Ministerio Público y la Judicial, desde la averiguación previa hasta el proceso penal, auxiliado por las Delegaciones regionales que a cada uno se le asignen; todos reportarían a un Procurador General, quien a su vez se apoyaría en unidades centrales dedicadas básicamente a la información y estrategias generales, la coordinación operativa de los sectores y con otros Estados, los laboratorios de criminalística, la comunicación social y la representación jurídica.

Por cuanto hace al Poder Judicial del fuero común, este ha de continuar con su expansión y especialización, ya muy avanzada en materia de Derecho privado, con base en las siguientes propuestas:

1. Ampliación de la Justicia de Paz, en competencia hasta cinco años de prisión - y cobertura, para atender cerca del 70% de los asuntos judiciales, y

2. Especialización de la Justicia de primera y segunda instancias penales: delitos contra la seguridad pública (misma competencia que el Ministerio Público Especializado); delitos de querrela necesaria (misma competencia que el Sector Central del Ministerio Público) y Delitos derivados del riesgo social (misma competencia que las Delegaciones Regionales de la Procuraduría).

La ampliación de la Justicia Administrativa resulta indispensable para cimentar la descriminalización de conductas, sobretodo las relativas a actos imprudenciales y los relacionados con el tránsito de vehículos.

Las prisiones deben cumplir su estricto papel segregador, evitándose la prisión preventiva y, desde luego, el abuso de la pena en el momento de emitir sentencias por parte de la judicatura. Por ello, los Reclusorios preventivos, al tender a desaparecer, deben conservar áreas de procesados, superadas de los sentenciados y convertirse, con ello, paulatinamente, en Penitenciarias. Las de alta seguridad y las federales, deben situarse fuera de Centros de población, pues es conocido el efecto directo que existe entre la presencia de reos peligrosos -narcotraficantes- en cárceles urbanas y la proliferación en esas mismas zonas, de grupos delincuenciales que inciden en el crecimiento de la violencia.

Las formas readaptadoras, deben cimentarse en la suspensión de la ejecución de la condena, la prohibición de ir a determinado lugar, entrevistarse con determinadas personas o realizar determinadas acciones y la vigilancia de la autoridad, con esfuerzos crecientes de sociedad y Gobierno, por ocupar a sentenciados en actividades lícitas que los reintegren, a partir de eficientes oficinas de trabajo postpenitenciario y para quienes gozan de alternativas penales. El costo de estas oficinas, podría prorratearse de actuales costos de policía preventiva y reclusorios, con mejores resultados finales.

Estamos convencidos que una Política Criminológica adecuada y moderna, como la que emprende México en estos años últimos plenos de esfuerzo y talento, nos conducirán, aun mas pronto, a una verdadera justicia para todos, una verdadera justicia para el Pueblo.

CITAS BIBLIOGRÁFICAS CAPITULO III

- 22.- Pag. 152 Ojeda Villagomez, Jorge "Derecho Punitivo" 1a. Edición. Editorial Trillas, México D.F. Marzo 1993
- 23.- Pag. 174 Ojeda Villagomez, Jorge Opcit.
- 24.- Pag. 97 Ojeda Villagomez, Jorge Opcit.
- 25.- Pag. 98 Ib.Idem.
- 26.- Pag. 98 Ib. Idem
- 27.- Pag. 33 Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica. "Normas Técnicas sobre Administración de Prisiones" 1a. Edición. Editores Porrúa, México, 1995.
- 28.- Pag. 41 Obando, Víctor Manuel "En torno a la crisis de la prisión" Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. Vol. II No. 20 México 1976.
- 29.- Pag. 89 Rico, José Ma. "Las sanciones penales y la política criminológica contemporánea". 1a. Edición Siglo XXI Editores México, 1979.
- 30.- Pag. 109 Opcit. Rico, José Ma.
- 31.- Pag. 45 Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica Op.cit.
- 32.- Pag. 565 González de la Vega, Rene "Política Criminológica Mexicana" 1a. Edición Porrúa, México 1993.
- 33.- Pag. 566 González de la Vega, Rene Op. Cit.

CAPITULO IV

LA BASE TECNICA DE UN PROGRAMA DE EXCARCELACION

SUMARIO: 1) *La judicialización de la pena.* 2) *Fundamentos de excarcelación.* 3) *La ley orgánica de la defensoría de oficio frente a la activada del poder ejecutivo.* 4) *Reglamento para un programa de excarcelación.*

1.- LA JUDICIALIZACION DE LA PENA.

Mucho se ha dicho y escrito sobre la problemática de las prisiones y resultaría innecesario abundar en los planteamientos harto conocidos, respecto a la serie de situaciones que se presentan en las prisiones y que impiden que se lleven a cabo los procesos de readaptación que justifican su existencia en cuanto a metas, determinadas inclusive constitucionalmente.

"A pesar de los vientos reaccionarios que frecuentemente vuelven para intentar empañar la labor que la modernidad ha provisto para las prisiones, en cuanto a no quedarse a nivel de encierro, de represión simple de castigo sin sentido y sin otro fin que el de ocasionar sufrimiento, sino aprovechar ese encierro defensivo de la convivencia social para tratar de incidir en la problemática individual de los internos de manera que, a nivel de convencimiento, de razonamiento, de apoyo, se logre modificar mentalidades y conductas para reintegrar a los individuos a la sociedad libre de actitudes de respeto a la convivencia, de reconocimiento mínimo de valores, de introyección básica de normas que proporcionen a la comunidad alguna garantía de que no continuaran desarrollando actividades delictivas; decimos que a pesar de actividades retardatorias que vuelven como oleadas del pensamiento superado ya, la prisión significa, hoy por hoy, una inevitable calamidad ya que no se ha encontrado un instrumento mejor para proteger a la sociedad de algunos elementos que le presentan un verdadero peligro, aunque con el desarrollo histórico de la institución carcelaria, se ha llegado a hacer un uso, diríamos abusivo y desaprensivo de esta, como si fuera la única posibilidad de manejar al delincuente".(34)

Las corrientes actuales del pensamiento penal precisamente se orientan a disminuir, por diversos medios, este excesivo uso de la cárcel como pena, creando nuevas alternativas penales, rescatando otras apenas ensayadas, buscando inclusive soluciones no penales a los conflictos interindividuales de que tradicionalmente se han tratado como delictivos.

Pero la presencia de la pena de prisión sigue siendo la solución mas profusamente utilizada a pesar del reconocimiento de sus inmensos defectos, aun cuando una gran mayoría de los estudiosos de los problemas relativos a la ejecución penal coincidimos en la disfuncionalidad de la prisión y su ineficacia. Sin dejar de buscar alternativas, estamos conscientes que el problema de los internos sumamente peligrosos o los llamados irrecuperables, dada la extrema dificultad que representan sus características de personalidad para su manejo y el desarrollo de sus actividades en libertad; justifican, hasta cierto punto, la necesidad de la prisiones, pero la idea es que solo se utilice para casos excepcionales y no como regla.

De cualquier forma, las prisiones, aquí y ahora, siguen funcionando en todo el mundo y por ende, en nuestro país, con graves problemas de sobrepoblacion, de carencia de personal técnico capacitado para desempeñar la noble y difícil labor de la readaptación, de normatividad desordenada y poco precisa cuando la hay, y de un sin fin de problemas a los que se suma, tal vez por la impreparacion del personal responsable de la ejecución de esta pena, la actitud se reserva extrema cuando no de misterio, con la cual se encubre lo que pasa realmente dentro de las cárceles.

Este sigilo resulta propiciatorio de abusos y crueldades sin fin, permitiendo que bajo pretexto de la seguridad se desarrolle una subcultura carcelaria plagada de equívocos y de corrupción, en la que la ilegalidad es asunto cotidiano.

Por otra parte, lentamente, la sociedad misma ha ido tomando conciencia de que los presos no seres fuera de ella, que conservan todos los derechos que la sentencia judicial no le ha restringido o suprimido temporal o permanentemente y de la ejecución de la sentencia penal debe desarrollarse en un marco de legalidad la cual debe ser vigilada y resueltos los asuntos que la afectan a un nivel de justicia, la cual sin duda implica la participación de una autoridad no meramente administrativa que se caracteriza, entre otras cosas, por la disciplina jerárquica; sino de aquella investida de la imparcialidad esencial que reviste al poder judicial.

Sabemos que con el pretexto de la seguridad y apoyados un poco en una actitud negativa del grupo social en cuanto a no querer saber que pasa dentro de los muros de las cárceles, se ha cubierto de un velo de misterio su manejo. Tal vez la tradición ha permitido que esto suceda, propiciando así aun mas el abuso y la corrupción que de manera natural se presenta cuando el poder es absoluto.

Solo cuando vivimos de cerca la prisión, cuando el infortunio nos lleva a ella, por familiares o amigos, por trabajo tal vez, nos percatamos de lo difícil que es realmente la vida intramuros, nos convencemos que esa imagen vulgarizada de que los presos viven como reyes cuando tienen dinero y todos como holgazanes, tiene otra lectura.

Las limitaciones a veces necesarias y a veces arbitrarias, de la libertad de movimiento en el interior, la desesperante falta de ocupación en un lugar que tiene veinticuatro eternas horas cada día con las mismas caras, los mismos lugares, las mismas conversaciones, la nostalgia de la libertad, la dependencia absoluta de personas extrañas y desinteresadas de los problemas personales, la obligatoriedad de rutinas desagradables, la convivencia forzosa con compañías decididas por las autoridades y las circunstancias de la institución, las necesidades más elementales insatisfechas, todo un cúmulo de situaciones que hacen dura la vida carcelaria, sin contar con la extorsión y el maltrato de compañeros de aventura y autoridades y frecuentemente el abandono de la familia y el sometimiento de esta, al tratamiento descortés de la custodia, constituyendo el pan nuestro de cada día para los presos.

Ahora bien, hemos hecho referencia a algunas cosas de las muchas que se ignoran respecto a lo que pasa en las prisiones. Por largos años se ha mantenido en discreto silencio la situación de los prisioneros, sin que la comunidad conozca a ciencia cierta lo bueno y lo malo que pasa en ellas y podemos que casi desde siempre, se ha tenido conciencia, a nivel doctrinario y a nivel autoridades, que resulta necesaria una vigilancia permanente de todo lo que sucede dentro de las cárceles.

En las primeras etapas en que ya la cárcel se utiliza para compurgar sanciones penales y no solo como medio de aseguramiento de los procesados, la sociedad civil ignora los niveles de deshumanización que en ella se viven y surge la figura del apóstol de la humanización de las prisiones, John Howard quien con sus informes sobre la situación de las prisiones, primero en Inglaterra y Gales y después en todo el mundo europeo; denuncia los horrores que están sucediendo y demuestra al mundo lo necesario que es vigilar, reglamentar y controlar la ejecución de la pena de prisión, y tal vez ante todo, humanizarla.

Han pasado ya muchos años pero las cárceles siguen siendo reservadas de miseria y de ilegalidad y parecería que no es el mejor momento, el actual para reconsiderar su manejo, cuando existe una importante tendencia represiva respecto a ellas,

contraria a la tendencia mundial de limitar su utilización, que desgraciadamente se queda, como muchas buenas intenciones, a nivel doctrinal.

Pero es precisamente por esa tendencia represiva que se observa en nuestro país, por lo cual consideramos que, sin ser una absoluta novedad, debe buscarse ya, una forma de judicializar la ejecución de las sentencias penales, aprovechando la existencia positiva de otros países a este respecto, haciendo que penetre la labor imparcial del poder judicial en esta tiniebla, para dirimir las controversias que en cuanto al otorgamiento de remisiones de la pena o de la imposición de castigos por cuestiones administrativas internas o cualquiera otra que surgiera durante la ejecución de la pena, para legitimar las medidas que puedan modificar la decisión del juez de la causa, de manera acorde con las circunstancias que el interno presente durante el cumplimiento de su pena; para verificar de manera mas cercana el respeto a los derechos humanos y las garantías individuales de los presos, y en general vigilar la legalidad de la ejecución penitenciaria.

Una verdadera individualización penitenciaria se puede lograr de mejor forma con la intervención de un juez de ejecución penal, que vigile, que resuelva, que escuche, que pueda ser rebatido mediante recursos y procedimientos ciertos y legalmente predeterminados; un juez que conozca y observe el desarrollo de la vida en prisión de cada uno de los internos, que pueda opinar sobre su tratamiento, que represente, en fin, la justicia en las prisiones.

Resulta de estricta lógica jurídica que en una determinación judicial penal queda absolutamente invalida si no se ejercita, además de que si no existe una participación judicial en la ejecución, esta autoridad desconoce las consecuencias reales de las sentencias pronunciadas.

Tradicionalmente, y esto nunca ha significado que sea esta la mejor manera de hacer las cosas, se ha dejado en manos de la administración penitenciaria el aspecto ejecucional de la resolución judicial penal.

Sabemos que la administración que se rige por el principio de subordinación, de manera contraria respecto al poder judicial; esta sujeta a presiones e instrucciones que no siempre concuerdan con el espíritu de la ley, el cual permite anular toda actitud de parcialidad o inseguridad jurídica.

"Por otra parte, se reconoce actualmente que la pena tiene finalidades específicas que pueden ser desvirtuadas o mal interpretadas por las autoridades administrativas además de que la carencia de un procedimiento judicial en algunas cuestiones como el otorgamiento de beneficios, le concede al aparato administrativo una discrecionalidad excesiva mediante la cual puede tomar decisiones que no estén fundadas y motivadas, lo cual siempre implica el riesgo de injusticias que carecen de instancia judicial para su defensa. Ello independientemente de que en estricto derecho, la modificación de la decisión judicial sigue siendo el principio general respecto a la modificación de decisiones y normas, que exigen que sean el mismo o mayor nivel las que las modifiquen".(35)

Así llegamos al reconocimiento del principio de juridicidad de las penas en fase ejecutiva que al iniciarse un nuevo periodo procedimental penal, el de la ejecución de sentencia, nacen relaciones jurídicas que demandan un órgano que las vigile y resuelva los problemas que en cuanto a su aplicación pudieran, e indudablemente ser así, surgir.

Resulta claro que es importante que quede clara la necesaria interrelación y colaboración entre ambas autoridades, judicial y administrativa, especialmente en el ámbito penitenciario en el cual al crearse la figura del Juez de Ejecución de Penas, pudiera generarse alguna confusión o inclusive una pugna, por lo que es preciso delimitar funciones del Juez de Ejecución: en cuanto a su injerencia en los conflictos, su participación será claramente jurisdiccional, y en cuanto al desarrollo de la vida penitenciaria, la organización y prestación de los servicios de vigilancia y de la convivencia en el interior de los establecimientos, las actividades de los talleres, los servicios médicos y escolares y el tratamiento en sí mismo, se precisa su naturaleza de órgano consultivo, misma que deberán claramente señalarse en el instrumento jurídico que le de vida, tomando en cuenta que también deberá participar en la vigilancia y control de la ejecución de penas que impliquen tratamiento en libertad de algún tipo.

En este mismo orden de ideas, es imperativo que para cumplir con las funciones atribuidas requiere de su absoluta independencia de las autoridades administrativas y del poder ejecutivo, aunque reconociendo la colaboración entre ambas como base para el respeto al principio de legalidad que debe regir el proceso de ejecución penal.

Es de esta forma como encontramos justificada la figura del Juez de ejecución de penas quien además sera el que viva las consecuencias de la sentencia penal por parte del órgano jurisdiccional mediante el contacto permanente con la realidad de la ejecución de la pena.

"Cano Mata, autor al que seguimos en estos planteamientos, considera que las funciones del Juez de ejecución de penas deberán ser:

"-Asegura, a través de las resoluciones, que el cumplimiento de las penas se realice en la forma establecida por el ordenamiento jurídico.

- Revisar, en vía de recurso, las impugnaciones que se efectúen contra los acuerdos de los órganos administrativos penitenciarios.

- Colaborar con los órganos administrativos mediante la aportación de datos y sugerencias penitenciarios".(36)

A propósito de las medidas sustitutivas de la prisión, la intervención de un Juez de Ejecución de Penas en nuestro sistema seria de trascendencia porque sabemos que la aplicación de los sustitutivos penales que nuestras leyes contemplan, ha sido poco profusa. "Sera que los jueces saben que no existe un verdadero control y tratamiento en libertad que cuando mucho se traduce en la tradicional y poco efectiva costumbre de "ir a firmar"?

La solución aplicada a uno de los problemas mas candentes que afectan al sistema penitenciario en la actualidad que es el de la sobrepoblacion; mediante la concesión de beneficios y libertades anticipadas indiscriminadamente o si acaso con una discriminación no siempre bien fundamentada, podría ser mas sólidamente apoyada a nivel previo al ingreso penitenciario mediante la utilización de los sustitutivos de la prisión previstos en la ley y muchos otros mas que se pudieran agregar, por determinación judicial a nivel sentencia, siempre y cuando en la realidad se cumpliera con los controles, vigilancia y apoyo que estas medidas requieren.

**ESTA YESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

Así, ambas medidas, liberaciones anticipadas y otorgamiento de sustitutivos de la prisión a nivel judicial, ayudarían de manera importante a evitar la sobrepoblación, pero además, evitarían el acceso a las prisiones de gran cantidad de personas que no van a ser beneficiadas con el encierro sino mas bien perjudicadas en cuanto a su readaptación, desligándolas de su trabajo, de su familia, del medio social para el que deben rehabilitarse, amen del peso que su encarcelamiento significa para el presupuesto estatal, sin un significado resultado.

Ahora bien, justificada a mi juicio la necesidad de la judicialización de la etapa ejecutiva penal, mediante la creación del Juez de Ejecución de Penas en nuestro sistema, que con diferentes características ha sido adoptado ya en algunos países como Brasil, Italia, Francia y Portugal; es de considerar reiterar de manera mas acentuada lo que se ha propuesto en diferentes congresos y a través de muchos años: la necesidad de la preparación criminologica de los jueces.

Ya en el momento actual y en atención al fin ultimo del Derecho en cuanto a la realización de la Justicia, hemos pugnado porque el estudio criminologico se practique a todos los procesados, iniciándolo en las primeras etapas de su detención, inclusive, de ser posible, durante la averiguación previa, con el fin de proporcionar algunos criterios técnicos tanto al Ministerio Publico, como muy especialmente al juzgador, desde luego e indefectiblemente antes de la sentencia. Para una adecuada comprensión de estos estudios se hace indispensable que los jueces tengan conocimientos criminologicos de tal suerte que pueden obtener el máximo de comprensión de las expresiones técnicas contenidas en los estudios criminologicos que se practiquen a los procesados para sustentar una debida individualización judicial del acusado.

Tratándose del Juez de ejecución de penas es mas imperativa esta preparación ya que entre sus actividades debiera contemplarse la frecuente visita al interior de los reclusorios y centros de readaptación social con el fin, precisamente, de vigilara la aplicación de las penas y la legalidad y efectividad del tratamiento y requieren un mas profundo conocimiento tanto jurídico como penitenciario y criminologico para desempeñar la función tanto puramente judicial interviniendo cuando, en el curso del cumplimiento de una pena, deben modificarse las condiciones o el tratamiento del condenado o cuando se trate de tutelar derechos subjetivos de este; así como de consejero y vigilante del tratamiento y dado el caso, poder decidir fundadamente sobre las modificaciones que a la sentencia original prevean las leyes, en razón de l conducta del sentenciado durante el cumplimiento de su pena, resolviendo, los incidentes de la ejecución, con una serie de garantías formales, como el sistema contradictorio y el derecho de oposición, en medida compatible con las diversas cuestiones, analizando su procedencia como dice Conti.

En la medida en que la preparación jurídica y criminológica del Juez de Ejecución de Penas, sea mas sólida, menor sera la posibilidad de pugnas entre este y la Administración penitenciaria ya que un claro conocimiento de sus funciones, precisadas en la legislación correspondiente, menor sera la posibilidad de confusión entre las funciones puramente administrativas y las correspondientes al Juez de Ejecución.

Además, tenemos un aspecto de la judicialización de la ejecución penal, relativo a los sustitutos de la prisión, que también requiere de una profunda especialización del Juez de Ejecución Penal.

1.- La cárcel no es, en manera alguna, en el elemento real de prevención del delito. Solo debiera utilizarse en los casos en que, por las características de personalidad del procesado, que imposibiliten su tratamiento en libertad, la única opción para proteger la convivencia social sea su internamiento.

2.- Las instituciones penitenciarias deberán organizarse de manera que se tenga permanentemente presente la finalidad de readaptación y el respeto a los derechos fundamentales de los internos, mas allá del ministerio que históricamente ha rodeado la ejecución de la pena de prisión.

3.- La ejecución de la pena de prisión debe efectuarse dentro de un marco de absoluta legalidad, reduciendo la discrecionalidad de la actuación de las autoridades a un mínimo indispensable, en aras de la seguridad jurídica y del verdadero sentido de la pena.

4.- Para una real garantía de la legalidad de la ejecución de penal, se debe propugnar por la intervención del Poder Judicial en la etapa ejecutiva.

5.- Se propone la creación del Juez de Ejecución de Penas, como una autoridad en el periodo ejecutivo, con funciones tanto de vigilancia del funcionamiento de la prisión como de resolución de los conflictos que con motivo de las relaciones jurídicas nacidas entre Estado y sentenciado, pudieran surgir, otorgándosele las facultades necesarias

para intervenir en las modificaciones que a las sentencias se puedan legalmente hacer, con motivo de la readaptación del sentenciado.

6.- Se debe establecer legalmente, el procedimiento para las actuaciones del Juez de Ejecución de Penas, señalando con precisión como en todo asunto penal, términos, recursos, instancias, así como sus áreas de jurisdicción.

7.- Las personas que se designen para el desempeño de la función de Juez de Ejecución de Penas, deberán ser peritos, además de serlo en Derecho Penal, en Derecho Penitenciario y Criminología, especialmente en Ciencia Penitenciaria.

8.- La función del Juez de Ejecución de Penas deberá extenderse a la ejecución de los sustitutos penales determinados por el Juez de la Causa además de los que el mismo determine a nivel de ejecución de sentencias.

9.- La participación del Juez de Ejecución de Penas en la ejecución de las sentencias permitira una verdadera individualización criminologica dentro de un marco de legalidad indispensable para el cumplimiento de las previsiones constitucionales y de los fines de la pena.

2.- FUNDAMENTOS DE LA EXCARCELACION.

Al efectuar el estudio de la prisión no puede sustraerse su comparación con un ente vivo, en el cual coexisten en una dinámica interrelación diversos núcleos que la conforman, destacando entre otros las agrupaciones de internos o sociedad de los reclusos, las autoridades, el personal de las áreas técnicas, jurídicas, administrativas y de seguridad y custodia; familiares de los aprisionados y las organizaciones oficiales y privadas que inciden en el ámbito carcelario, generando que la comunidad presente características variadas como en cualquier microsociedad situaciones de patología o enfermedad.

En los últimos años, el significativo incremento de los índices de criminalidad en México, y los recurrentes brotes de violencia y agresión en sus prisiones, ha motivado un interés por el estudio, diagnóstico y forma de manejo de las instituciones penitenciarias, cuestionando la administración de las cárceles y su régimen. El sistema carcelario en México está en la peor de sus crisis siendo necesaria su transformación, a fin de satisfacer las demandas de una sociedad moderna y plural, todo esto en base al Programa Nacional de Seguridad Pública, que no podrá estar desvinculado de factores de desarrollo económico, político, educativo, social y cultural, que coadyuven a la reducción de la criminalidad, ya que de no ser así, se ahondarán los problemas en los mecanismos de control social con que cuenta el Estado.

Los centros penitenciarios denominados Instituciones totales para internos desiguales contables sociales máximos con los que cuenta el Estado presentan característica de un ente vivo, por la constante interrelación de sistemas y grupos sociales que en ellos intervienen. Se ha analizado a la prisión como un medio artificial que alberga a una comunidad delincuencial o sociedad de reclusos, con valores y normas propias que matizan sus relaciones y comportamiento, reproduciendo fenómenos que se dan en libertad.

La subcultura carcelaria combina estructuras sociales de poder elaborando su código de valores y manifestaciones específicas que regulan la vida cotidiana en el interior de los establecimientos, apreciando que las prisiones son vitrinas políticas del sistema vigente, ya que el grado de avance de una sociedad se refleja directamente en el estado de sus prisiones.

Los problemas económicos sociales, políticos, éticos, educativos, culturales, de salud, de corrupción, de falta de seguridad, organización y planeación que incurren en México, son reproducidos a gran escala en las instituciones, por lo que estudio de la vida intercarcelaria adquiere importancia significativa para la seguridad nacional.

En los últimos tiempos son recurrentes los disturbios en las prisiones, las escenas de violencia, corrupción y brutalidad hacen cuestionable el que a pesar del gran avance cultural, científico y tecnológico se sigan presentando comportamientos de violencia extrema, con elevado montante de agresividad, generando reacciones en cadena (fenómenos colectivos de alteración en prisión), ya que se ha observado que cuando surge un disturbio en una prisión, paralelamente ocurren brotes de violencia en otros, correspondiendo a fenómenos cíclicos, que con cierta periodicidad vuelven a presentarse, alterando la vida carcelaria y política, con el consabido costo social que esto implica.

La complejidad en los establecimientos alerta a los especialistas a entender y resolver los problemas de convivencia de la sociedad de reclusos. el autor José, Ma. Rico realiza una extraordinaria exposición de la biología de la prisión, y nos dice que "existen instintos básicos en el ser humano, como el de la guarida, que cuando se cambia de ubicación se genera angustia, otro instintos es el de huida, examinado a través de los conceptos de "distancia de huida" y "distancia crítica", esta última de gran peligrosidad, ya que de la huida pasa al ataque como una forma de instinto de supervivencia".

"Los anteriores instintos adquieren su máxima expresión en la prisión, desde el shock inicial que recibe el interno al ingresar al reclusorio, aun medio ambiente donde todo es impuesto autoritariamente, las emociones, el medio en el futuro y la gran confusión por el desconocimiento del régimen carcelario realiza una tarea de bloqueo y deformación de la personalidad. Si a lo anterior se agrega la inseguridad sobre su situación jurídica y la crisis de la pérdida de estatus social, de su situación familiar, económica y laboral, se generan manifestaciones conductuales de angustia, negación, regresión, fantasía y evasión de la realidad, para evitar el dolor que causa la reclusión".(37)

En algunos casos, la prisión es factor reforzador del denominado "síndrome de desadaptación".

Otro instinto que destaca en las prisiones es el de denominación y subordinación, existiendo las jerarquías sociales. Los diversos núcleos de poder real que coexisten en las instituciones, paralelamente al poder oficial de las autoridades, el código del recluso y su contraposición con las normas y reglamentos establecidos genera un medio de relaciones de poder extremo.

Se ha observado que existen en los establecimientos tres núcleos básicos de poder: el de las autoridades, el del personal de seguridad y el de grupos de internos.

1) Las autoridades: Generalmente es el poder reconocido, integrado por el régimen carcelario, por la normatividad penitenciaria, reglamentos y manuales, y el personal, poder legal ejercido por los directivos del establecimiento de estructura jerárquica rígida debiendo dichas autoridades contar con los siguientes requisitos: preparación especializada en administración de prisiones, vocación penitenciaria, honestidad a toda prueba, disciplina institucional y elevada moralidad (esta última por su calidad de guía en instituciones en las que se pretende la reforma de personalidades desviadas). Dependiendo de la estructura de los penales, son: el director, los subdirectores técnico, administrativo y jurídico y los jefes de las unidades departamentales.

2) Seguridad y custodia: Aunque ejerce funciones de autoridad, por su estructura paramilitar y su sistema se considera una categoría separada, en la mayoría de los establecimientos es quien ejerce el poder real, llegando incluso a tener más fuerza que los directivos, no es raro ver que se prioriza la seguridad a la reincorporación del recluso; este grupo significativo, además de contar con la mayor parte del personal de la institución. Sus operativos y tácticas de seguridad adolecen de respeto a los derechos humanos y en frecuentes su actuar está marcado de violencia, extorsión y brutalidad hacia los presos.

El área de seguridad y custodia dentro de las prisiones mexicanas se caracteriza por su poder y su fuerza, existiendo elementos preparados y con mística de servicio, que desgraciadamente son minoría en las instituciones.

3.- La sociedad de reclusos: La microsociedad carcelaria se encuentra inmensa en un mundo diferente y propio, colmado de fantasías que como mecanismos de defensa recurre el interno, evadiéndose de una realidad frustrante, generadora de angustia por el ambiente despersonalizador y hostil que existe en la prisión; dando lugar a la cohesión de grupo, reforzadora de la autoestima perdida.

En numerosos establecimientos carcelarios existe sobrepoblación, hacinamiento, corrupción, tráfico de alcohol, drogas y prostitución homosexual y heterosexual, privilegios para un cierto sector, núcleo de poder paralelo a las autoridades, que en frecuentes ocasiones cuenta con la alianza y complacencia de los directivos y del personal de seguridad y custodia, dándose el triunvirato de poder máximo que estructura a diversos centros y que cuando se desestabiliza, genera disturbios y violencia tanto individual, como colectiva.

La conducta de la población responde a las características de sus instituciones, que varía desde la arquitectura penitenciaria, los diversos sistemas de control, tratamiento, seguridad, número y calidad de personal adscrito al mismo (directivo, técnico, administrativo y de seguridad y custodia), así como la cantidad y distribución de población aprisionada y las medidas de política criminal que operan en las cárceles.

Sin embargo, se observa que existen ciertas similitudes en todas las prisiones, una de las más importantes es el denominado "proceso de prisionalización", definido por el autor Clemmer como "la adopción en mayor o menor grado de los usos, costumbres tradicionales y cultura general de la penitenciaría".

"El nuevo recluso debe seguir un proceso de adaptación social semejante al de cualquier nuevo miembro de todo grupo cultural".(38)

A su llegada, su punto de referencia continua siendo el mundo libre, al paso del tiempo la aculturación carcelaria provoca un sentido inverso, o sea la adaptación a la prisión, a un medio antinatural, a las normas no adscritas del denominado código del recluso, conjunto explícito de valores y normas que coexisten con las reglas oficiales de la institución".(39)

Uno de los objetivos de las normas que rigen a la sociedad de reclusos es proporcionar a sus miembros condiciones aceptables para su supervivencia en las instituciones totales.

Sin embargo, muchas de estas normas se encuentran enfocadas a los llamados antivalores e incluso a la comisión de conductas parasociales y antisociales para conseguir y mantener un estatus de poder, así como algunos de sus principios y manifestaciones:

1) No afectar o traicionar a los compañeros, en base al principio de lealtad, solidaridad y cohesión de grupo.

2) Obstaculizar la labor del personal penitenciario, preferentemente atacando el "principio de autoridad".

3) Obtener a través de la manipulación condiciones de privilegios y beneficios dentro del establecimiento, como ejemplo resaltan: control de negocios, recalificaciones a zonas privilegiadas, facilidades para las visitas familiares e íntimas, alternativas preliberacionales, etcétera.

4) "Las sociedad de reclusos es autoritaria y rígida, y posee una estructura jerárquica. En todas las instituciones existe un grupo de dirigentes".(40)

Se ha apreciado que el aglutinar personalidades con marcada proclividad delincencial, genera situaciones contaminantes e incluso patológicas, por lo que una inadecuada clasificación puede alterar severamente el orden y la estabilidad del establecimiento carcelario.

El apoyo familiar tiene un papel importante en el interno; en los últimos años, la participación de organismos sociales y oficiales protectores de derechos humanos de los reos ha generado un cambio en el trato de los aprisionados y logrado que la sociedad sea mas vigilante de lo que ocurre dentro de las prisiones.

En cambio, considero que hay por hacer sobre todo en lo que respecta a la sociedad de reclusos, a su estudio científico que permitirá sentar las bases de un trato mas justo y humano del hombre encarcelado e imponer decencia y eficacia en las prisiones mexicanas.

Se hacen necesarios los esfuerzos nacionales para invertir la tendencia a la reincidencia y la criminalidad, destacando la urgencia de la creación de la Dirección Nacional Penitenciaria, que entre otras funciones tendrá las siguientes:

- 1) "Recopilación, procesamiento y análisis de la información penitenciaria nacional.
- 2) Establecimiento de la carrera penitenciaria.
- 3) Creación de un verdadero sistema y régimen carcelario en México.
- 4) Organización del área de planeación, análisis criminológico y de inteligencia penitenciaria.
- 5) Unificación de la legislación penitenciaria.
- 6) Creación del área de seguimiento y evaluación de los planes y programas nacionales en esta materia".(41)

3.-LEY ORGANICA DE LA DEFENSORIA DE OFICIO FRENTE A LA ACTIVIDAD DEL PODER EJECUTIVO.

La función administrativa se define como la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo, y tiene por objeto manejar los asuntos concerniente al sector publico, en lo que atañe a la ejecución de las leyes de derecho publico y a la satisfacción de los intereses generales, haciendo todo esto por medios de policía y por la organización de servicios públicos, en los limites de los fines del poder político que ha asumido la empresa de la gestión administrativa.

Cuando se define la función administrativa como ejecución de las leyes, ese elemento se manifiesta porque la ejecución implica la realización de los actos necesarios para concretar, para hacer efectiva en casos determinados la norma legal

En la definición de la función administrativa como función de orden jurídico, ese carácter se encuentra manifiesto, pues en el acto subjetivo o creador de situaciones jurídicas individuales, las personas a que se refiere, la extensión de las obligaciones que a consecuencia de el nacen y el objeto de ellas, se determinan concretamente por el autor del acto.

El Poder Ejecutivo puede apreciarse bajo un doble aspecto: como Gobierno o Poder político y como Poder administrativo.

El Ejecutivo, como Gobierno o Poder político se define por la situación que guarda dentro del Estado, con relación a este y a los demás Poderes en que se divide el ejercicio de la soberanía.

La situación del Ejecutivo como Poder administrativo se define por la relación con la ley que ha de aplicar y ejecutar en casos concretos.

Pues bien, en su carácter de gobernante, al Ejecutivo, como representante del Estado, corresponde realizar los actos de alta dirección y de impulso necesarios para asegurar la existencia y mantenimiento del propio Estado y orientar su desarrollo de acuerdo con cierto programa que tienda a la consecución de una finalidad determinada de orden político, económico o, en general, de orden social. Los actos que con tal finalidad realiza el Poder Ejecutivo son los que constituyen los actos de gobierno.

En este contexto, y para proteger el derecho de defensa del acusado, que se origina fundamentalmente en el derecho de libertad del hombre, se reglamenta el artículo 20 Constitucional en su fracción IX, mediante la creación de la Ley Orgánica de la Defensoría de Oficio en materia penal en el Estado, que establece las bases legales en que habrán de aplicarse prestaciones y beneficios en favor de cierta clase social que se encuentra en condiciones desfavorables en la lucha económica, teniendo el individuo el poder de exigir su respeto, y le impone al Poder Ejecutivo la obligación de hacerla cumplir y de abstenerse de ejecutar cualquier acto que obstruya su cumplimiento.

Y el Ejecutivo, como Poder Administrativo debe velar por la aplicación y ejecución de las normas que de la Ley deriven, esta facultad de la Administración para ejecutar sus resoluciones sin intervención de ningún otro Poder encuentra su origen y fundamento en el artículo 89 fracción I de la Constitución, ya que en ella se otorga al Ejecutivo la facultad de ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión y como esa ejecución se realiza por medio de los actos administrativos es natural que se entienda que el propio Poder es competente para imponer el cumplimiento de los mismos.

La ejecución forzosa no es el único medio legal para obtener el cumplimiento de las resoluciones administrativas, ni en muchos casos es ella posible, como ocurre cuando el acto impone al particular una prestación personal, es decir, una obligación en la que el sujeto pasivo no puede ser sustituido.

Para estos casos, los medios de ejecución tienen que ser forzosamente indirectos, ya que ellos tenderán a provocar al obligado a cumplir su obligación. Estos medios indirectos pueden reducirse a las penas personales o pecuniarias que siguen al apercibimiento que hace la autoridad al exigir el cumplimiento.

Los medios coactivos tienen un carácter administrativo y se distinguen claramente por su finalidad de las sanciones que la ley penal establece para el caso de desobediencia a un mandato de la autoridad.

Consolidándose las modernas ideas del derecho por autores de la concepción contemporánea de las normas, han demostrado la existencia de las normas como precedentes conceptuales de la ley penal, donde se establece la amenaza de la aplicación de una pena para quien las viole.

Por eso la ley penal tiene como fundamentalísimas funciones determinar cuáles son las normas cuya violación requiere pena; establecer en qué medida las violaciones de normas son crímenes y; asignar a los distintos crímenes el grado de punibilidad. La ley determina el hecho punible y la medida de la pena.

Porque no es sino hasta la sentencia definitiva, el momento procesal donde la suerte del sujeto responsable de una acción delictiva se aclara, definiéndose su culpa y por lo mismo la gravedad de su acción y la pena correspondiente; mientras esto no se produce, la privación de la libertad, aunque sea una medida cautelar para asegurar la presencia del acusado en el proceso, es de cualquier manera, una privación del bien máximo, la libertad, y por ello una pena anticipada.

Desde el momento de dictarse el auto de formal prisión, el acusado puede acogerse al beneficio de la libertad provisional si el delito por el cual se le procesa no es grave.

La gravedad del hecho se determina por los actos como el parricidio, el secuestro, la violación, el asalto, cuyo juicio de reproche es tan severo como la violación del bien jurídicamente protegido.

Aparejado con el tema de ir reduciendo la procedencia de la prisión preventiva solo para aquellos casos en que la acusación de haber delinquido y cometido una falta grave contra la sociedad, se encuentra el argumento, nada despreciable del costo de las prisiones que gravitan sobre el erario, en la generalidad exiguos, de las entidades federativas.

Al restringirse los casos de prisión preventiva, indudablemente podrían lograrse mejores programas de readaptación y no emplear recursos, a cuidar de presuntos culpables, acusados de faltas cuya gravedad no es tan manifiesta.

En consecuencia, y afecto de menguar por un lado los gastos excesivos del erario del Estado y que se destinan al mantenimiento de Centros de Readaptación Sociales, y por otro de evitar la comisión de actos criminales en contra de seres que luego de agotada la secuela del procedimiento, se demuestra su inocencia, con el propósito loable de humanizar la justicia es por lo que se propone crear un procedimiento legal que permita la obtención de la libertad provisional bajo caución, que sea auspiciado y aplicado por la Defensoría de Oficio en el Estado.

4.- REGLAMENTO PARA UN PROGRAMA DE EXCARCELACION.

"El concepto de cárcel probablemente tiene su raíz en la palabra "coercere" que significa encierro forzado y la mejor idea sobre la finalidad de ella nos la dio Ulpiano cuando dijo: "Carcer enim ad continandos homines non ad puniendos haberi debet" la cárcel debe ser para guardar los presos y no para hacerles enemiga ni otro mal, ni darles pena en ella. Esta detención como aseguramiento del condenado se hacía en lugares inhóspito e improvisados tales como sótanos, torres, fortalezas de piedra o castillos, sin preocuparse por las condiciones de higiene o inhumanas, sino simplemente por la seguridad de custodia de los ahí guardados mientras se le ejecutaba, a tal grado llegaba esa preocupación de aseguramiento o retención de los condenados que eran sometidos mediante cadenas y grilletes (anillos de hierro que se colocaban al cuello, manos o pies y de donde pendía la cadena)".(42)

Se afirma que las primeras cárceles que surgieron datan desde la antigua Roma y varios autores las ubican durante el reinado de Tulio Hostilio (670-620 A. de C.) y posteriormente en época de Apio Claudio a quien debe su nombre la famosa "cárcel claudiana". Esta idea originaria de la cárcel permaneció durante varios siglos y para su explicación se utilizaron horribles edificios que ofrecían la máxima seguridad y desolación de los ahí reclusos.

Presuntamente es hasta la Edad Media cuando aparece como pena en el derecho canónico destinada a castigar a los clérigos que hubieren infringido las reglas eclesiásticas, así como también a los herejes juzgados por la jurisdicción canónica. El objetivo dentro de este derecho; era el arrepentimiento del culpable y tiene el carácter de penitencia. Este es el punto de arranque del concepto de la prisión como "pena privativa de la libertad".

Sin embargo fuera del ámbito, siguió usándose todavía como medio de retención pues la pena de eliminación (muerte) permaneció hasta fines del siglo XIX como el principal medio de castigo del delincuente.

Existe una etapa muy interesante en la historia de la humanidad que mucho tiene que ver con la evolución de esta pena. Después de la Edad media existió una transición en la economía de los pueblos y del feudalismo se paso al capitalismo, el primero se había distinguido por el control de la tierra que tenían unos cuantos señores feudales y que explotaban a las grandes masas de gentes pobres que vivían de esa actividad.

Así se atribuye la mayor antigüedad a la Casa de Corrección de Bridewel en Londres en 1552; después en 1596 en Amsterdam se construyo la celebre Rasphuis a donde eran enviados jóvenes vagabundos destinados a raspar madera de especies arbóreas empleada como colorantes para la lana que era preparada en otro establecimiento de corrección conocido como Spinhuis (hilandería) en donde eran recluidas las mujeres y se dedicaban a hilar la lana. En ambos establecimientos se combinaba el trabajo duro y la disciplina férrea que se mantenía a base de castigos en el cuerpo, como latigazos o palos

"Estas casas de trabajo y corrección se habían difundido también en Alemania y su difusión coincide con el despertar económica, político y cultural que se había dado en Europa".(43)

Coincide con esas fechas, la repulsa que empezaba a generalizarse contra la pena de muerte y mucho se decía que debería ser reemplazada por una pena menos cruel y mas humana, así se piensa que la prisión puede llegar a convertirse en esa solución y efectivamente se le da tal carácter, empezando la construcción de grandes fortalezas de piedra, frías y legubres para mantener seguro al delincuente privado de su libertad y que mediante la soledad de su celda expiara su pena, pero esto es penitenciarismo.

En México durante casi tres cuartos del presente siglo, en relación a la ejecución de las penas privativas de libertad, la verdad es que permanecemos estáticos y dependiendo del arbitrio del gobernante en turno y del ejecutor de las mismas, muy pocas entidades federativas construyeron edificios propios para la ejecución de estas penas y fueron menos lo que crearon alguna disposición reglamentaria para tales efectos. En su gran mayoría se improvisaron viejos edificios y que todavía en 1993 subsisten como instituciones para tal fin, a pesar de la absurda idea de cambiarles simplemente el frontispicio de penitenciarias por "centros de readaptación social".

La verdad es que la prisión surgió bajo el signo del castigo mediante el aislamiento y no se le puede transformar con ojos de bondad y de curación, en tal caso, si algunos ilusos penalistas quieren seguir pensando en un tratamiento rehabilitatorio del delincuente, que se legisle y se incluya una medida de seguridad al catalogo de sanciones; medida que podría denominarse "rehabilitatoria" o "readaptatoria", para aplicarse exclusivamente a quienes deseen cambiar o corregir su conducta después de haber cometido un delito y dejar la prisión como originalmente surgió como castigo mediante el aislamiento para quienes lo merezca, pues como se ha dicho insistentemente; hay sujetos que nunca debieron ingresar a la prisión y hay sujetos que nunca deberían salir de la misma.

O bien como lo manifesto cierto autor: "La crisis de las sanciones privativas de la libertad, llaga a cuestionar el fundamento y el fin de la prisión en el aspecto que se creía mas positivo, el resocializador. Hoy en día se discute y con sólidos argumentos, la justificación de la tarea resocializadora de la pena en una sociedad injusta". (44)

Así entonces, la mejor forma de vigilar, procurar y diseñar un programa de excarcelación del sentenciado debe observar las bases siguientes:

R E Q U I S I T O S

1.- Que el sentenciado este en posibilidades de obtener alguno de los beneficios establecidos en la ley de ejecución de sanciones privativas de la libertad en el Estado. (Preliberación, remisión parcial de la pena, indulto), y sea económicamente insolvente para cubrir la sanción pecuniaria a que fue condenado.

2.- Que la sanción económica a que fue sentenciado el interno no exceda de \$11,000.00 (Once mil pesos 00/100 m.n.).

3.- Celebración del contrato de mutuo simple entre el Estado a través de la Secretaria de Planeación y Finanzas, que para el acto será representado por el Defensor de Oficio, el sentenciado y el obligado de este.

PROCEDIMIENTO

1.- La Dirección de Prevención y Readaptación Social remite una relación de los internos que encuadren en el supuesto del Sub-Programa de excarcelamiento de internos que carecen de recursos económicos para cubrir la sanción pecuniaria. A la Dirección de la Defensoría de Oficio en el Estado, para que gestione la expedición de los cheques correspondientes.

2.- El personal de los Centros de Readaptación Social, (Trabajadoras Sociales) elaboran el estudio socioeconómico necesario para comprobar la insolvencia de los internos por triplicado el cual lo entregaran al Defensor de Oficio del Municipio de que se trate.

Dicho estudio se practicara en los domicilios de los familiares o de las personas con quienes una vez en libertad, el reo vaya a reintegrarse a la vida social.

3.-Celebración del contrato de mutuo simple.

El Defensor de Oficio, llenara el contrato el cual lo acompañara de los pagares, con los que se garantiza la cantidad que les entregara la Secretaria de Planeación y Finanzas a través del Defensor de Oficio para hacer el pago correspondiente a la sanción pecuniaria a que fue condenado el interno.

4.- El Defensor de Oficio integrara, para cada interno beneficio con el Sub-Programa un expediente, por triplicado el cual se conformara con la siguiente documentación:

A) Estudio socioeconómico;

B) Contrato de mutuo simple anexando los pagares con que se garantice el préstamo;

C) Copia del Cheque;

D) Copia del auto en donde se cubre la sanción pecuniaria.

5.- El Defensor de Oficio remitir a la Dirección, dos tantos del expediente, y otro tanto lo conserva el Defensor de Oficio para su archivo.

6.- La Secretaria de Planeación y Finanzas del Estado conforme al decreto gubernativo No. 65 expedira previa solicitud de la Dirección de la Defensoría de Oficio, los cheques por las sumas que en cada caso, sean necesarias.

7.- El cheque a nombré del sentenciado será entregado directamente al Defensor de Oficio, quien deberá:

A) Solicitar al Juez la citación del ofendido (s), para que en su presencia sea endosado el cheque al agraviado y con ello cubrir la reparación del daño a que fue condenado el sentenciado.

B) En caso de multa se entregara a la oficina de rentas el monto de la misma.

8.- Como se establece en el contrato de mutuo simple cuentan con un plazo máximo de un año para reintegrar la cantidad de dinero que les fue proporcionada por el gobierno del Estado para cubrir la sanción pecuniaria.

Dicho plazo comenzara a correr a partir del día en que sea hecha la notificación del auto, por el cual el juzgador tenga al sentenciado por cubriendo la reparación del daño y/o multa.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO IV

- 33.- Pag. 566 González de la Vega, Rene Op. Cit.
- 34.- Pag. 77 Mendoza Bremauntz, Emma. "La judicializacion de la ejecución penal" Revista Criminalistica. No. 3 Sept.- Oct. 1993.
- 35.- Pag. 81 Mendoza Bremauntz, Emma Opcit.
- 36.- Pag. 82 Id. Idem Opcit.
- 37.- Pag. 2 Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica. "Normas técnicas sobre administración de Prisiones" 1a. Edición. Editorial Porrúa. México, 1995.
- 38.- Pag. 74 Rico, José, Ma. "Las sanciones penales y la política criminologica contemporánea" 1a. Edición. siglo XXI Editores. México 1979.
- 39.- Pag. 80 Opcit. Rico, José Ma.
- 40.- Pag. 7 Opcit Gutiérrez Ruiz, Laura Angélica.
- 41.- Pag.65 Idem
- 42.- Pag. 100 Ramírez Delgado, Juan Manuel. "Penologia"
- 43.- Pag. 86 Melesio, Dario y Pavarini, Dario. "Cárcel y Fabrica" Trad. Javier Massimo. 1a. edición. Siglo XXI Editores México, 1980.
- 44.- Pag. 83 Opcit.Melesio, Dario y Pavarini, Dario

C O N C L U S I O N E S

El cometido principal, aunque no el único, del defensor es la defensa. No se discute en la actualidad si el derecho a la defensa es o no un derecho natural. La disquisición se enfoca mas a tratar de definir que es la defensa, y esto importa mucho en nuestra época, en la cual aun se sostiene conceptos y practicas aberrantes. Mas ahora cuando los conceptos de seguridad publica y una recta administración y procuración de justicia se tornan en premisas insalvables para quienes deseamos que la garantía de legalidad y seguridad sean dogma vigente, creo que esa debe ser la inspiración de todo gobierno.

En el ambiente curialesco y postulante especialmente el mexicano, salvo excepciones se palpa el aberrante criterio de que la defensa es conceptuada como una misión que tiende a demostrar que "lo negro es blanco". Multitud de defensores le llaman defensa a actividades tales como sobornar a jueces y secretarios, inventar testigos, pruebas y hechos inexistentes. Urdir la mentira, engañar a la justicia, fraguar mecanismos para escapar al proceso, poner en practica triquiñuelas, chicanas, mandobles, etc., son algunas de las características que pretende cobijar al amparo de la defensa.

Por desgracia, esos seudodefensores olvidan que convierten su noble misión en verdadera delincuencia. Ni nuestra ley, ni ley alguna, ni la ciencia del derecho permiten o toleran que al amparo de la función de la defensa los defensores se conviertan en autores intelectuales de delitos de cohecho, falsedad en declaraciones, etc. La actividad de la defensa lleva como respaldo a la propia ley, la legalidad. La idea de defensa solo puede ser forjada en el marco conceptual de la legalidad y la seguridad publica que nos hacemos acreedores a hacer destinatarios de las garantías constitucionales.

En México el sistema es mixto, comenzando porque nuestra Constitución permite que la defensa la realice el propio imputado o su defensor. Los sistemas que permiten un defensor solo en algunas fases procesales, hasta aquellas en las que le da facultades de intervención en todas las fases. Se encuentran en estas direcciones, a la vez, la posibilidad de nombrar defensor, hasta la legislación que no admite proceso sin asistencia de defensor. Es decir, permitida la posibilidad de que la defensa también la puede realizar una persona ajena al imputado, la asistencia conocida puede ser de dos tipos:

a) Prescindible o facultativo, en que el proceso es valido, con o sin defensor, aunque es tolerable que este intervenga. Aquí solo existe la posibilidad de que el proceso soporte un defensor. Así era nuestro procedimiento penal hasta antes de la reciente reforma constitucional de 1993, recuérdese que como un mero ejemplo la fase de averiguación previa era absolutamente secreta pero en el mejor de los casos el inculpado podía enterarse de la acusación solo si el fiscal lo llamaba, de lo contrario solo conoce la imputación cuando el detenido es puesto a disposición del juzgador.

b) Imprescindible u obligatorio, en que el defensor es imprescindible, a grado tal que este considerado como sujeto procesal indispensable. Ningún proceso puede carecer de defensor. De los abogados (específicamente de los defensores), dice Guarnieri: "igual que de las mujeres, es mas fácil hablar mal que prescindir de ellos".

En México, las leyes establecen el sistema de imprescindibilidad y obligatoriedad (en el proceso judicial), a grado tal que aun contra la voluntad del enjuiciado debe el tribunal designarlo, e inclusive sancionar como nulo el acto procesal al que no se hubiere llamado al defensor, y en otros casos las legislaciones penales adjetivas obligan a la reposición del procedimiento, justo hasta el estadio procesal en que cobro vigencia tal violación.

El patrocinio a procesados cuando estos carecen de defensor surgió inicialmente como expresión de caridad e inclusive con carácter religioso, otros m s lo ven como un mero derecho natural para luego institucionalizarse como derecho del imputado

El defensor de oficio debe diferenciarse del llamado abogado de pobres. Mientras que al primero no le debe importar si el imputado posee o no bienes, el segundo atiende a los menesterosos. El primero actúa, además, debido a la imprescindibilidad de la defensa, cosa que no ocurre en el segundo caso. Actualmente el concepto "abogado de los pobres" había sido homologado como una institución propia del derecho civil, pero solo en los casos en que no existiera controversia o litigio y, aparece como un imperativo cuando se trata de la asistencia jurídica a menores, en tratándose de alimentos y sucesiones. Esta idea da origen a la fecha a un programa gubernamental al que se le denomina "Programa de la Defensoría de Oficio en materia civil".

Por desgracia, la Defensoría de Oficio ha sido hasta hoy la dependencia más olvidada de cuantas posee el gobierno, a grado tal que la prometida lista de defensores que el juez debe proporcionarle al imputado, en el mejor de los casos se reduce a una sola persona. El presupuesto económico asignado a la Defensoría de Oficio en México, no se acerca ni al 2% de lo que se otorga al Ministerio Público.

La Defensoría de Oficio debe implicar en México la asistencia letrada, obligatoria y gratuita. Letrada, porque debe ser proporcionada por un especialista en derecho (por lo menos licenciado en derecho); obligatoria por ser imprescindible; y gratuita por estar exenta de costas a cargo del beneficiario. En materia penal la exigencia para el defensor de oficio debe encontrar eco en un mayúsculo grado de profesionalización, de modo que puedan distinguirse en este jurista dos clases de características, a saber: vocación de servicio y capacidad técnico-jurídica.

Con las reformas constitucionales de agosto de 1993 a nivel federal y de septiembre de 1994 a nivel local el derecho de la defensa abarca tanto desde la averiguación previa como el proceso penal en cuanto tal; y el quehacer del defensor de Oficio descansa en los principios normativos del artículo 20 Constitucional, reglamentándose debidamente en la Ley Orgánica de la Defensoría de Oficio en el Estado en materia penal, imponiéndole el cumplimiento obligatorio de la misma a este servidor o empleado público.

Ahora bien, el quehacer en este servicio público exige vocación inalterable de entregarse al servicio de sus iguales. Quien a él llegue con afán hegemónico; función de poder; empeño de dominio o enriquecimiento; ambición feudal; embozada ideología, no solamente ha errado gravemente la función, sino que, a un tiempo, es un delincuente que se vale de precioso instrumento el poder público que dimana del pueblo para este, su único mandante y juez, dañarlo en crimen de esa patria, encubierto por las mismas características de inmunidad e independencia económica, con que la ley envuelve el ejercicio público, para salvaguardarlo en su eficiencia e imparcialidad.

También equivoca el rumbo, quien en la función pública confunde la prudencia con la cautela y a esta con el temor complaciente para su contrincante, sin embargo, el Defensor de Oficio debe tener conciencia plena que en sus manos tiene la libertad e incluso parte del patrimonio de aquel quien confía en una adecuada defensa y decide otorgarle su representación

El Servidor Publico, es cierto, no ha de ser -no se espera de el eso- un héroe mitológico; no un hercules que ha de enfrentar sus doce trabajos para salvar su prestigio de semidiós. Pero si esta en sus deberes el actuar con audacia creativa, el pulsar con sensibilidad el rumbo social, a fin mantenerse en la vanguardia de los cambios, instrumentándolos. Grave falta como la del delincuente, es ser sorprendido en la retaguardia, manteniendo el pasado, aferrándose a lo que ya no es respuesta.

Es precisamente lo que se espera del Defensor de Oficio, impulsor de cambios dentro de la estructura judicial, y los sistemas penitenciarios obsoletos, es quien debe proveer para que exhibiendo los conceres y males anacrónico de las prisiones tienda no únicamente a la obtención de sentencias justas que absuelvan a los reos de penas innecesarias. Sino además el de evitar el hacinamiento, la sobrepoblacion, el consumo de alcohol, drogas, prostitución, que conforman las cárceles actuales, y que sufren no únicamente los condenados sino también las padecen los sujetos a procedimiento que son privados de su libertad antes de la sentencia.

La actividad del Defensor de Oficio no debe reducirse a una participación activa dentro del proceso penal sino que a mi juicio debe ir incluso hasta la fase de ejecución de la sentencia donde pueda coadyuvar con el ejecutivo en la decisión del tratamiento penitenciario al que debe ser sometido todo sentenciado.

En efecto, el inculpado es el protagonista del drama final, solo que pasada la fase de instrucción que culmina con el dictado de la sentencia, su papel ni siquiera alcanza a ser secundario, mas bien se vuelve un personaje olvidado tanto para la sociedad como para el Estado en detrimento de su dignidad humana, esa es la razón por la cual estimo deba colaborar en la ejecución penitenciaria

Se propone entonces, un plan o programa que sobre bases jurídicas ya especificadas, tienda a abatir el problema de sobrepoblacion carcelaria, estableciendo, como organismo rector del mismo a la Secretaria de Gobierno para que a través de la Defensoria de Oficio del Estado en materia penal, se obtenga la libertad provisional bajo caución de aquellos detenidos que carezcan de recursos económicos para cubrir fianza. La idea es mantener en prisión exclusivamente a aquellos que lo ameriten, esto es, a los que incurran en un delito grave, el propósito es evitar el fenómeno de la contaminación penitenciaria.

No es este el único afán propositivo del Defensor de Oficio, su anhelo largamente acariciado es el de obtener un lugar preponderante dentro de la estructura y organización del poder ejecutivo, ubicándosele no como una figura pasiva que acompaña a los detenidos dentro de un procedimiento penal, sino además como un funcionario o empleado público que activa propuestas, sugiere soluciones y participa de los cambios de las instituciones penales a efecto de humanizar la procuración y administración de justicia y las condiciones y sistemas penitenciarios con el fin último de lograr una verdadera readaptación social del delincuente.

A modo de ser ejemplificante, y quizás hasta didáctico, habrá de enumerar las condiciones y requisitos que se traduzcan en una mejor asistencia del Defensor de Oficio:

1.- El Defensor de Oficio debe ser una persona con cualidades de vocación de servicio y de una apreciable técnica jurídica.

2.- El proceso de selección del Defensor de Oficio debe quedar a cargo de profesionales de la abogacía, quienes a través de exámenes de conocimientos, psicométricos, de personalidad, permitan deducir sus actitudes para concederle la condición de servidor público .

3.- El Defensor de Oficio debe ser un órgano técnico y participativo que colabore en la asistencia jurídica del detenido desde la averiguación previa hasta incluso en la ejecución de la sentencia, a modo de evitar en lo posible el fenómeno de la contaminación penitenciaria.

4.- La institución de la defensoría de oficio debe integrarse colegiadamente, es decir por un cuerpo de profesionales que no tenga una adscripción fija sino que mas bien sea rotativa sin que ello signifique un desorden, habida cuenta que la rotación permitiría evitar un desempeño pasivo y quizá hasta complaciente en su relación con los demás órganos de justicia.

5.- La defensoría de oficio como institución debe contar con un departamento de capacitación, actualización y adiestramiento, a efecto de dotar a sus integrantes de calidades técnicas y conocimiento a nivel dogmático y adjetivo, contemporáneos y modernos, de modo que les facilite el desempeño de su delicada función.

6.- Se procurara a través de los órganos de gobierno de implementar un programa de excarcelación que permita a aquellos reos de bajos recursos económicos, obtener beneficios como los sustitutivos penales previo análisis de su situación económica como propósito de que el Estado pueda recuperar el dinero invertido.

7.- La defensoría de oficio deberá pugnar por participar en la aplicación de los tratamientos penitenciarios aplicables al sentenciado, cuidando de que este sea el real destinatario de las disposiciones contenidas en la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas de la Libertad para el Estado de Guanajuato. Informando al ejecutivo de los tiempos y sustitutos penales a los que se haga acreedor el reo.

8.- La génesis del programa de excarcelación motiva la necesaria reforma tanto de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo como de la defensoría de oficio, en la inteligencia de que los encargados de decidir las medidas casos en que ha de concederse, quede a cargo del defensor de oficio que asiste al sentenciado, una persona designada por el ejecutivo del estado y otra mas que designe la dirección de prevención y readaptación social.

9.- A través de la defensoría de oficio, se instituir una unidad de capacitación y adiestramiento del interno como un medio alternativo de lograr la excarcelación del mismo y por supuesto la disminución de la población penitenciaria.

10.- Todo procesado, sentenciado, debiera contar con la asistencia jurídica del defensor de oficio a partir de su detención, so pena de declarar la nulidad de la actuaciones procesales que impidan su participación, ordenándose su libertad inmediata cuando se trate de delitos no graves, en caso contrario, la autoridad oficiosamente debe designarle uno, quien presente protesta el cargo y lo desempeñara hasta la culminación del procedimiento penal

De este modo, objetivamente el propósito de la tesis que aquí presento y que sustenta bajo estas premisas la formación de un programa de excarcelación, se convierte en la materia de discusión que aquí queda para su crítica

BIBLIOGRAFIA

- *Acero Julio, "El Procedimiento penal Mexicano". 1a. Edición Especiales del Norte México 1991.
- *Garcia Ramírez, Sergio "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano 1a. Edición Porrúa. México 1994.
- *Gonzalez Blanco, Alberto "El Procedimiento Penal Mexicano" 1a. Edición. Editorial Porrúa, México 1975
- *Gonzalez de la Vega, Rene "Politica Criminologica Mexicana" 1a. Edicion Porrúa, México 1993.
- *Gutierrez Ruiz, Laura Angelica. "Normas tecnicas sobre administracion de Prisiones" 1a. Edicion. Editorial Porrúa. México, 1995.
- *Islas Olga, Ramirez Elpidio, "Derecho Procesal Mexicano" 4a. Edicion Editorial Porrúa México, D.F. 1982
- *Madrazo, Carlos. "Estudios Juridicos" INACIPE, México 1985.
- *Mancilla Ovando, Jorge Alberto "Las Garantias Individuales y su Aplicacion en el Procedimiento Penal" 2a. Edicion. Editorial Porrúa, México 1989.
- *Mendoza Bremauntz, Emma. "La Judicializacion de la Ejecucion Penal" Revista Criminalistica. No.3 Sept.- Oct. 1993.
- *Melesio, Dario y Pavarini, Dario. "Carcel y Fabrica" Trad. Javier Massimo. 1a. edicion. Siglo XXI Editores México, 1980.
- *Nicolau. "Manual de Inquisidores" 2a. Edicion Fontamara, S.A. Barcelona España 1982.
- *Obando, Victor Manuel. "En torno a la crisis de la prision" Revista Mexicana de Prevencion y Readaptacion Social. Vol. II No. 20 México 1976.
- *Ojeda Villagomez, Jorge "Derecho Punitivo" 1a. Edicion. Editorial Trillas, México D.F. Marzo 1993
- *Ramirez Delgado, Juan Manuel. "Penologia"
- *Rico, Jose Ma. "Las sanciones penales y la politica criminologica contemporanea" 1a. Edicion. siglo XXI Editores. México 1979.
- *Zamora, Pierce, Jesus. "Garantias y Proceso Penal" 5a. Edicion Porrúa, México 1991. Editores Porrúa, México, 1995.

LEYES Y CODIGOS

- * **Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos Edt. Porrúa México 1996**

- * **Compilacion de Leyes del Estado Libre y Soberano de Guanajuato. Ley Orgánica de la Defensoria de Oficio 1995**

- * **Codigo de Procedimientos Penales vigente para el Estado de Guanajuato**

OTRAS FUENTES

⇒ **Diario Oficial de La Federación del 27 de Diciembre del año de 1993**