LA FUNCION DEL DEFENSOR
Autor: Lic. Juan Rivero Legarreta

Las palabras de Goethe "No conozco ningún delito que no sea capaz de cometer en igual de circunstancias", me permitieron orientarme en el camino, y el enjuiciamiento de los móviles conscientes e inconscientes del hombre que delinque, justificó plenamente ante mí mismo la sagrada labor de la defensa a todos los delincuentes sin excepciones.

Sólo cuándo comprendí, cuando supe que había enfermos y no monstruos, pude sin resabios espirituales pedir sinceramente a un Tribunal que exonerara de culpas a un hombre cuya libertad estaba defendiendo.

Nos sentimos pertenecientes a una generación tratada por el signo de la inseguridad económica, y esta sensación íntima hace que veamos escépticamente todas las medidas, las nuestras entre ellas, que aspiran a superar el régimen jurídico penal en que, como base última, se asienta el criterio de lo justo, de todo un mundo de desigualdades que defraudan las más equitativas concepciones penales.

En Sevilla, en el año de 1781 según relato de Antonio Latour, se contaba acerca de una beata llamada Dolores las más extrañas historias.

Era una bruja y como tal había convertido a un hombre en gallo, y ella misma había adquirido ciertas propiedades de la gallina, pues ponía huevos en abundancia y ganaba dinero vendiéndolos.

Suerte para la beata Dolores, que mostró gran arrepentimiento por sus pecados, pues sólo la ahorcaron quemando después su cadáver, en lugar de empezar por lo segundo como era la costumbre.

Pensando en esto comprendemos que en ocasiones, lo que se tiene en determinada época por verdades inmutables, son en la siguiente absurdos infantiles.

Imaginemos por un momento que nuestros Tribunales condenaran a un solo día de prisión a una mujer que se ha declarado culpable de tener pacto con el diablo y de la que dos testigos afirmaron haberla visto montada en un palo de escoba al filo de la media noche.

¿No sería igualmente ridículo leer en el siglo XXII que en los inicios del siglo XXI condenaron a un hombre porque se declaró culpable de un delito que según los médicos obedecía a una causa patológica –neurosis obsesiva- de la que era perfectamente inocente?

Será ridículo, pero en nuestro siglo se siguen quemando brujas. Hemos trabajado a diario ante nuestros tribunales y tenemos la certeza de que aunque inspirados en la mejor de la buena fe, y en el más honesto deseo de acertar, rehuye en un inmenso tanto por ciento el compromiso de juzgar con un criterio subjetivo.

Sentimos que se esta a tiempo de comprender que ya no tenemos excusas con nuestros herejes, que ya sabemos lo que los mueve a delinquir, pero que la incapacidad o temor nos impide reconocerlo.

Y así como sería imperdonable que un juez en nuestros días condenase a la hoguera a una bruja, va siendo ya también imperdonable que condene a la cárcel a un neurótico.

Esto sin considerar que la proporción de enfermos que delinquen y son condenados, es mucho mayor que la de todos los herejes del medioevo y esto sin considerar, también, que los jueces de aquel tiempo tenían el acicate de la consagración

científica de la brujería, en tanto que hoy la psiquiatría ha materialmente cubierto con su comprensión de los desórdenes de la mente, a la casi totalidad de los transgresores de la ley.

La ciencia del delito y del castigo requiere, como en ninguna otra, la facultad de percibir el signo de los tiempos y orientarse hacia los polos inestables de las verdades que guían a los hombres, porque de ella dependen, en última instancia, la tutela del sentimiento de lo justo, que como el derecho natural que Cicerón veía grabado en las estrellas, será quien en definitiva mantenga la cohesión del grupo humano.

La Ciencia penal ha de ser esa brújula imantada hacia el norte de las verdades que surgen cada día pero, y esto es lo fundamente, de nada servirá en manos de navegantes que no conocen, ni aceptan otro polo magnético más que el de sus propios criterios, rígidos e inflexibles.

Es previo hacer que el juez comprenda al delincuente para que pueda al fin el delincuente comprender al juez.

Mientras no se juzgue a los hombres con el deseo de comprenderlos, y haya solo el objetivo de castigarlos, o cuándo más, según el concepto moderno, de inocuizarlos, seguiremos quemando brujas cuyo índice acusador perdurara como prueba de la injusta despreocupación de los hombres del mundo actual hacia esos infelices, hermanos mayores del delincuente en potencia que todos llevamos dentro del alma.

Con sobrada razón Giusseppe Puccioni afirmaba que “Es natural que los gobiernos que más apego tienen a la autoridad despótica prefieran la enseñanza positiva del derecho a la enseñanza filosófica”, procedimiento fundado sobre el inocuo principio de la sospecha, y un sistema penal fundado sobre el draconiano principio de la

intimidación.

Así pudo echar amplias raíces el sentimiento de respeto que se debe al ciudadano, aunque este acusado de un crimen, y junto con la claridad hacia el infeliz sobre el que pende una acusación creció el respeto a los sagrados derechos de la defensa, cuyas potestades deben constituirse sobre la base de la igualdad con las potestades de la acusación, para disminuir lo más que sea posible el peligro de la condena de un inocente, en lo cuál no solo existe el daño privado, sino el grave daño social de la impunidad del culpable.

Luego entonces profesar el principio de la modernización sobre la base de su utilidad política y reprobar la estulticia de esperar de los castigos el progreso de la ciudad; proscribir las vejaciones de los indagados, las torturas y los suplicios, las penas aberrantes, no solo como contradicciones de la justicia, sino también como obstáculo de la felicidad pública.

Pero no siempre puede elegirse lo mejor cuando se debe luchar con los prejuicios y los temores del gobierno, los cuales, por una singular fatalidad, combaten el bien y no previenen el mal.

Como explicaba Recaséns Siches, la motivación radical de lo jurídico, su primera raíz vital, el sentido germinal del derecho, el porque y para que lo elaboran los hombres, se encuentra en su ineludible urgencia de certeza y seguridad, que solo el derecho colma.

El ser humano precisa certeza: saber a que atenerse en relación con sus semejantes; que es lo que el puede hacer frente a ellos y que es lo que los demás pueden hacer ante él; cuál es la esfera y el límite de la conducta propia así como el ámbito y la frontera de la ajena. El derecho satisface esa urgencia, proporcionándole

la certeza que necesita mediante las normas jurídicas que establecen cual es el comportamiento permitido y el prohibido.

Además el hombre precisa seguridad; la garantía de que esas reglas, que fijan la conducta admitida y la proscrita, se apliquen efectivamente. El derecho también alivia esta necesidad por medio de la imposición forzosa, inexorable de sus normas, que aseguran con la sanción.

El Lic. Don Adolfo Aguilar y Quevedo sostenía: Es claro que el derecho debe inspirarse y no contrariar los valores de rango superior, como son la bondad, la moralidad e incluso la justicia que es su fin supremo, pero su función esencial es la realización de esos valores, de inferior escala que son la certeza y la seguridad. Es así que una norma puede ser mala, inmoral e injusta, pero si contiene las notas esenciales de lo jurídico, que originan certeza y seguridad será una regla de Derecho malo, inmoral, injusto, que no cumple su fin supremo, una ley nociva pero será Derecho.

El perder de vista el sentido del Derecho, su función esencial, motiva que se le exija más de lo que por su naturaleza puede proporcionar. Se pretende que la norma jurídica opere como una panacea resolviendo todos los problemas sociales y cuando alguno, ajeno a su cometido substancial, no se soluciona, sino que crece, la decepción resultante del criterio erróneo provoca que se proponga como remedio.... la desaparición del Derecho.

Esto es lo que ocurre con el aumento de la criminalidad. El desagrado y la alarma que despierta se proyectan contra las Instituciones del Derecho y del procedimiento penal, se critica la actuación del Ministerio Público, la función de la defensa, el tramite de los procesos, las decisiones judiciales y el monto de las penas. Los profanos y hasta juristas dicen que para detener el crecimiento de la delincuencia deben

reducirse las garantías procesales y claman por el aumento en la gravedad de las penas en los Códigos y en el rigor de las sentencias en los juicios. El horror al fenómeno del crimen llega a producir hasta la cabal ausencia de fe: el derecho ha fracasado, sus normas y procedimientos no sirven. Esta reacción, unida al exagerado alcance que algunos autores dieron a las nociones positivistas, anima la idea de la supresión del Derecho y del procedimiento penal, motiva la simpatía hacía su substitución por otros sistemas, que ofrecen el atractivo de la técnica experimental, que tan espectaculares éxitos ha exhibido.

Esto parte de un equívoco. Es verdad que la amenaza de la pena, vaticinada en el Código como sanción para quienes incurren en la conducta prohibida y que los efectos de ejemplaridad que también se buscan, con la condena a ese castigo, en el proceso, contribuyan a detener la criminalidad. Pero la función esencial del derecho penal, de sus sanciones y procedimientos, no es evitar la delincuencia, sino procurar la certeza a los componentes de la sociedad sobre lo que esta permitido y prohibido hacer, así como darles la seguridad garantizada con la sanción, de que las reglas que fijan esos comportamientos se impondrán inexorablemente, a fin de que puedan gozar la tranquilidad mínima indispensable para su existencia normal. El motivo radical, la función substancial de las instituciones jurídico penales, no es impedir que se cometan delitos, sino solo establecer que actos lo son y aplicar las penas que corresponden a sus autores, cuando ya los cometieron.

Conformémonos con lograr que el Derecho cumpla debidamente con la función esencial que le corresponde, que no es insignificante ni intrascendente, sino de la mas grave importancia; mucho se alcanzara con solo obtener esa meta, ambiciosa. La comunidad que ha superado la incertidumbre y la inseguridad por el funcionamiento de sus instituciones jurídicas, que le dan la tranquilidad social con la certeza y seguridad del Derecho, ha logrado ya el presupuesto, el requisito previo que le permite desenvolver con facilidad sus esfuerzos y sus recursos para la

solución de los demás problemas públicos y la realización de los más altos valores.

Pero reiteremos nuestra fe en el Derecho, en sus conceptos fundamentales, y partiendo de esa confianza, animados por esa convicción, continuemos el esfuerzo para mejorar las instituciones jurídicas que en principio poseen validez, aunque sean imperfectas como toda obra humana. Las entidades básicas a través de las cuales opera el mecanismo del moderno proceso penal que Carnelutti denomina Tríada lógica -la acusación, la defensa y el juicio- no han sido la creación de la fantasía o del capricho, son el resultado de la meditación, del análisis, del estudio de la experiencia de muchos siglos y constituyen el mejor sistema -o si se prefiere el menos malo- para el funcionamiento de la justicia penal humana, que como tal es forzosamente falible y limitada.

La formación del juicio penal sigue el orden de la Tríada Lógica: Tesis, Antítesis y Sentencia. Es un proceso dialéctico, cuyas dos primeras fases consisten en la acusación y en la defensa, la tercera fase es la decisión, la resolución de la duda, la superación en la síntesis, de la tesis y la antítesis, el acto supremo del juicio en que el juez, con todos los elementos separadamente recogidos en la instrucción -por el acusador y el defensor- pronuncia la absolución o la condena. La conquista de la verdad no es exclusión sino superación de la duda, es necesaria la tesis y antítesis para llegar a la unidad, mediante el análisis de las razones en contraste.

Tal es la función que desempeñan el acusador, el defensor y el Juez en el proceso penal. El defensor, además responde también a otras exigencias, el hombre inocente o culpable, cuya libertad (que es en parte la vida y representa el valor de más alta jerarquía después de ella) se encuentra en riesgo ante un tribunal de la falible justicia humana, tiene el elemental derecho de exponer todo lo que estime conveniente en su defensa. Y esta desprovisto, aunque sea jurista, de la aptitud para hacerlo eficazmente por sí mismo, no goza del equilibrio de la calma para la clara ideación y

la adecuada expresión. Entonces es necesario que el acusado tenga un nuncio, un interprete que trasmita al tribunal, en términos de derecho, sus razones de descargo; este es el deber del abogado defensor.

Por otra parte, la acusación produce un intenso impacto. Posee por sí misma, una gran fuerza de convicción, en contraste con la negativa, con la protesta de inocencia, que siempre se recibe con escepticismo. Basta que caiga sobre el sujeto la sombra de la sospecha para que sea dado *ad bestias,* como decía la doctrina antigua; queda condenado de antemano. Los principios que consagran lo contrario sólo representan una buena intención, un generoso propósito, y están contradichos por la realidad. Así lo prueba de hecho -una de las incongruencias de la ley penal -de que el acusado (a quien debe presumirse inocente en tanto no se demuestre lo contrario y se le dicte condena), se le castiga para saber si se le debe castigar, se le encarcela, se le aflige y se le humilla durante el proceso que se sigue para conocer si es inocente o es culpable y merece sanción. Para superar ese efecto de convencimiento que tiene la simple formulación del cargo, es preciso que el imputado cuente con un defensor que entregue toda su energía, su pasión y su capacidad, al cumplimiento de su papel en el proceso.

Por todas estas razones, la tarea del defensor es del mas alto interés público; indispensable para que opere el mecanismo del proceso penal. Y por eso, el postulante en los tribunales del orden criminal no puede excusarse de cumplir su labor de nuncio, de interprete del acusado, frente al Ministerio Público y ante el Juez, cualesquiera que sean las molestias y el desagrado que le provoquen. Su misión no es juzgar, le esta prohibido hacerlo; tal función corresponde sólo al Juez quie, para cumplirla debidamente, debe recibir antes, tanto el cargo como la respuesta que le da el inculpado por medio de su vocero. El abogado que elude esta obligación viola la ética profesional y, en algunas legislaciones incurre en delito.

Resulta claro que los representantes de la Tríada procesal tienen a su cargo una grave responsabilidad y por ello su puesto es de importancia eminente.

El Juez soporta el peso de una función que Diego Medina llama sobrehumana, la que se reservó aquel que dijo: “No juzguéis”, cuando en el aire de oro de Jerusalén vibró su palabra deteniendo a la turba enardecida por los escribas: “quien de vosotros este libre de culpa que arroje la primera piedra”.

Por eso Carnelutti dice: En lo más alto de la escala está el Juez. No existe un oficio más elevado que el suyo ni una dignidad más imponente. Esta colocado en el aula, sobre la cátedra, y merece esta superioridad.

De él depende la validez de las razones en contraste, la eficacia de la obra de las partes. El corta el nudo, concluye la controversia. Da o quita la vida, la libertad, la honra, la familia y el patrimonio. No existe responsabilidad mayor que la de disponer del semejante. Como explica Calamandrei, debe tener el valor de juzgar al hombre, teniendo todas las debilidades, acaso las bajezas del hombre. Y con esa fragilidad ha de usar un poder mortífero que, mal empleado, convierte en justa la injusticia e imprime sobre la inocencia el estigma que la confundirá para siempre con el delito. Debe tener el extremo valor de ser justo a riesgo de parecer injusto , y superar la comodidad de ser injusto, con la apariencia de la justicia.

Si desatina condenando por error es enorme el daño que causa, pero si lo hace a sabiendas, su culpa es mayor que la de cualquier crimen sometido a su juicio, porque crucifica deliberada, fríamente desde el gabinete, sin el arrebato del tumulto, y no solo con impunidad sino con el fuero del poder y el aplauso del profano.

Ahora, el Juez que desempeña su misión sinceramente y con bondad -aunque no sea profundo en la ciencia, brillante en la técnica ni se le compense con la riqueza-

da ese inapreciable bien de la tranquilidad social que proporciona la ley, al que tanto nos hemos referido.

El Ministerio Público se encuentra en el nivel intermedio de la escala ¡Que delicada es su labor! Es parcial, debe acusar, incluso apasionadamente, para que se cumpla su función; y a pesar de ello ha de actuar con buena fe- a diferencia del defensor que no tiene fe propia, sino la del acusado, la cual no debe calificar porque solo es su nuncio- difícil cometido: animar la pasión, actuar con su ardor y conservar la suficiente ecuanimidad y fuerza de carácter para fijar el limite de lo preciso y detenerse en su borde preciso.

El defensor. En el último peldaño de la escala esta el defensor. En el nivel del más pobre de los pobres, del más repudiado y escarnecido, del encarcelado. Carnelutti lo ubica sin ambages, con ruda franqueza: Digamoslo con claridad, la tarea del abogado cae bajo el signo de la humillación, es cierto que colabora en el proceso de la justicia pero su puesto estabajo y no en lo alto.

Adolfo Aguilar y Quevedo decía: El defensor es un mendigo, esta en el dintel y llama a la puerta implorando por el preso, formula su petición y espera que se le de la limosna de la razón, somete sus argumentos al juicio de otros, aunque no tenga mayor capacidad para juzgar. El más grande de los abogados sabe que no puede hacer nada frente al más pequeño de los jueces, y a menudo, el más pequeño de los jueces es aquel que lo humilla más.

No es cierto que el mundo se divide en dos. No se puede hacer una neta separación de los hombres en buenos y en malos. Desgraciadamente nuestra corta visión no permite apreciar el germen del mal en aquellos que se llaman buenos y el de bien en aquellos que se llaman malos.

Sin embargo en cuanto cae sobre el sujeto el cargo o la condena y queda en la jaula tras las rejas, se le excluye del mundo de los hombre, su persona, su familia, su casa, sus tareas; son repudiados, inquiridos, desnudados y expuestos al desprecio, al vituperio público.

Y al defensor no sólo se le confunde con el preso, sino con el crimen y se le asimila al delito imputado. Comparte la diatriba, la indignación pública. Es que el oficio del abogado es del de Cirineo -lleva la cruz por otro, por el reo- y esto no goza de la simpatía del cortejo. Pero dice el maestro italiano del procedimiento, que en eso consiste la nobleza del oficio, en cumplirlo soportando la humillación y el desprecio. Propone que los abogados tengamos una divisa inspirada en el pensamiento de Virgilio: somos los que aramos el campo de la justicia y no recogemos sus frutos.

Para nosotros quedan muchos surcos por roturar y semilla que espera cultivo. Afanémonos en la tarea.

Debemos laborar para que nuestro procedimiento penal se adapte mejor a la realidad mexicana. Nos queda por investigar la forma de que se asegure el cabal respeto para las garantías procesales que consagra generosamente la Constitución; pero también quizá, estudiar la conveniencia de restringir aquellas que en nuestro medio pueden resultar de imposible cumplimiento para que el Estado no sea constreñido a dar ejemplo, a sus gobernados, de violación a la ley para resolver problemas. El desahogo de la prueba de modo forzosamente público, que favorece su autenticidad; la mayor moralidad en el procedimiento -sin propiciar el exceso lírico- para facilitar el eficaz medio de expresión que es la palabra, ese poco de aire estremecido que, como dice Ortega y Gasset, desde la madrugada confusa del génesis tiene poder de creación, la simplicidad en el trámite y la celeridad en el fallo, para que la justicia sea pronta; la instalación de los tribunales de rápida justicia de paz, la de los pobres que ha quedado en mero proyecto; la forma de cumplimiento de la sanción y de las

medidas de seguridad para inimputables; la intervención de las partes en las sesiones de los Altos Tribunales Federales y de la propia Corte, en los términos mínimos para que, sin obstaculizar su actuación, se cumpla la garantía de audiencia y se extirpe la insólita práctica de que sean los jueces quienes aleguen entre sí y no los litigantes quienes, como estatuas de sal, solo pueden ver y oír como polemizan, sin poderles hacer siquiera un gesto para aclarar error; el animar vocaciones para que la judicatura, el Ministerio público y el Foro Penal, lamentablemente exiguo en número, se enriquezcan con los mejores abogados jóvenes; el mejoramiento de los medios y condiciones de los servidores de la justicia: son unos cuantos de los muchos temas de este campo, que esperan nuestro trabajo.

Y sobre todo, mantengamos el horror por el crimen, pero procuremos desterrar el odio que se despierta por el hombre en el proceso penal. El rencor es estéril, nada construye, ni resuelve, ni soluciona. Debemos poner empeño en substituirlo por otros sentimientos, fértiles y positivos, frenando nuestra vanidad de privilegiados que están en el mundo de los que se clasifican como buenos. Y contemplar a los que están en el otro, en el mundo de dolor del derecho criminal, como lo hizo aquel hijo de Israel, insigne víctima de un error del proceso penal, que dijo: estuve preso y vinisteis a mi, benditos de mi padre los que me visitaron cuando estaba encarcelado; Aquel que no repudio sino mantuvo trato con los publícanos y las meretrices, el que recibió la devoción y las lágrimas de la prostituta en casa de Simón, el que buscó la amistad de un ladrón, cuando sufría la sanción en la cruz, y no la tuvo porque Gestas no quiso, pero gozo la de otro convicto de robo, Dimas que fue su último amigo, con el que compartió la agonía.

Termino aquí, y solo me basta repetir la frase de mi maestro Adolfo Aguilar y Quevedo: No es con la soberbia del que se siente por encima de la debilidad y del error, no es con la presión del odio ni con la repulsa del desprecio, como se facilitará el mejoramiento de la administración de justicia en el proceso penal y la readaptación

del condenado, sino con la comprensión para el semejante que ha caído en las tinieblas, como nosotros también podemos caer.