

ESTUDIOS JURÍDICOS

LA MEDIACIÓN Y LA ORALIDAD EN LA JUSTICIA FAMILIAR

Víctor Manuel Navarrete Villarreal*

Sumario: *Introducción. I. La oralidad llegó, por fin, a la justicia familiar. II. Pensamientos que se siguen en el litigio y en la mediación: a) Pensamiento adversarial; b) Pensamiento vertical y pensamiento paralelo; c) Pensamiento lateral. III. A manera de conclusión.*

“Los límites de mi lenguaje son los límites de mi mundo.”
Ludwig Wittgenstein

INTRODUCCIÓN

En la actualidad estamos atravesando por un parteaguas en la vida jurídica del país. En la reforma constitucional que entró en vigor en

* Licenciado en Derecho, con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México; maestro en Derecho por la Universidad de Harvard, Estados Unidos de América; en Relaciones Internacionales por la Universidad de Cambridge, Inglaterra; en Gestión y Resolución de Conflictos: Mediación, por la Universidad de Barcelona, y Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional por la Escuela Libre de Derecho y la Cámara Internacional de Comercio. Se ha desempeñado como servidor público en el Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, donde fungió como secretario auxiliar de su Presidente; fue secretario del Agente del Ministerio Público en la Unidad Especializada en Delincuencia Organizada de la Procuraduría General de la República; también colaboró en la Coordinación de Asesores del Procurador General de la República. Actualmente es director de Mediación Familiar del Centro de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Ha publicado diversos artículos en materia de derecho internacional y de mecanismos alternativos de solución de controversias. Participó, a título personal y como experto internacional, en el escrito de *Amici Curiae*, en apoyo a la Comisión Federal Electoral, en el caso: *McConnell y otros vs. Comisión Federal Electoral*, ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Es miembro fundador del Colegio Nacional de Mediadores Certificados, S.C.; asociado del Consejo Mexicano de Asuntos Internacionales (COMEXI) y secretario de la Rama Mexicana de la *International Law Association*.

junio de 2008 se sentaron las bases para que en los procesos judiciales en México, imperen los principios de inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad, todo ello dentro de un sistema en donde predomine lo adversarial, lo acusatorio y la oralidad.

Es claro que el sentido de la reforma estaba dirigido a crear un nuevo sistema de justicia penal y de seguridad pública. Sin embargo, la tendencia en el país es que este nuevo sistema judicial, fundado sobre todo en la oralidad, se replique en el ámbito federal y local, así como en todas las materias en que sea posible.

El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal ha ido incorporando poco a poco el mandato constitucional para que los llamados “juicios orales” se conviertan en realidad.

Desde el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, firmado el 10 de diciembre de 2007, por los diputados federales que las conformaban, ya se esgrimían buenos argumentos para que el sistema judicial se apegara a los principios rectores de un verdadero debido proceso legal:

Destaca como un principio básico que el trabajo judicial se haga bajo la mirada de todos los ciudadanos y, en particular, de los usuarios del sistema de justicia, pues un sistema de juicios orales, en el que las pruebas se rinden bajo la mirada del público y en el que el juez escucha a las partes, es más confiable que un sistema opaco y escrito, como el que tenemos actualmente.¹

En el mismo documento, se postula que la oralidad es una herramienta esencial para la consecución de los principios del debido

¹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con Proyecto de Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversas Disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara de Diputados. Palacio Legislativo de San Lázaro. Diciembre 10 de 2007.

proceso, pues a través de ella se logrará la construcción de un sistema de justicia mucho más eficaz en la resolución de los conflictos sociales.

Por otro lado, vale destacar que los diputados hacen una aclaración de lo más pertinente, al afirmar que aun cuando la oralidad no constituye un principio procesal, es el elemento que posibilita la existencia y permanencia de los principios de publicidad, continuidad, concentración, contradicción e inmediatez.

Al respecto, el dictamen señala que no es posible concebir un proceso público si las actuaciones se llevan a cabo por escrito; por ello, es menester que tanto los juzgadores como el público se enteren al mismo tiempo de todo lo actuado en las audiencias.

En este punto, la publicidad y la transparencia van de la mano y solamente, a través de la oralidad, se puede lograr este binomio.

De igual manera, la continuidad en el desarrollo de las audiencias y la concentración en el desahogo de pruebas, son principios que se cumplen a cabalidad si las actuaciones se desarrollan oralmente. Por otro lado, un proceso verdaderamente contradictorio únicamente es dable con la oralidad, pues sin ella, los interrogatorios no pueden llevarse a cabo de forma verdaderamente ágil.

La oralidad implica, también, un cambio fundamental en la práctica forense: abandonar la cultura del expediente y fomentar el desarrollo de una fundada en la audiencia.

La metodología de audiencias, propia de este nuevo proceso, implica que las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas. Así pues, la oralidad no es una característica únicamente del juicio, sino de todo el proceso en general...²

² *Ibidem.*

Las bondades de la oralidad son evidentes: fomenta la transparencia y desincentiva prácticas corruptas; hace que la impartición de justicia sea realmente pronta y expedita y exige que los operadores jurídicos del foro estén mejor preparados en materia de Derecho ya que, con este método, tienen que hacer su mejor esfuerzo para argumentar correctamente, sin recurrir a la presentación de escritos largos, farragosos que sólo contribuyen al ejercicio de un litigio “chicanero”.

Estamos ciertos de que existen más ventajas en la oralidad. También nos queda claro que, si bien los procedimientos judiciales orales traerán enormes beneficios, no están exentos de algunos retos y dificultades que habrán de superarse.

Entre ellos, destaca el reto que implica poner en práctica el principio de la inmediación, el cual, en pocas palabras, significa que el juez siempre esté presente en todas y cada una de las audiencias.

El juez dirigirá el proceso frente a las partes, sus abogados y el público, en tiempo real. Con ello, se acaba la vieja práctica de “presidir dos audiencias al mismo tiempo”. Lo anterior no constituye una crítica malsana, sino refleja lo que en la práctica sucede: los secretarios de acuerdos llevan las audiencias aun cuando siempre estén supervisados por el titular del juzgado.

En un sencillo ejercicio aritmético, al entrar en vigor los juicios orales en todas las materias, la carga de trabajo de los jueces se incrementará sensiblemente, lo que nos lleva a plantearnos dos opciones: o se aumenta el número de juzgados, o el procedimiento judicial habrá de contar necesariamente con salidas alternas al juicio.

La primera opción no es la más apetecible, puesto que la demanda por los servicios de impartición de justicia es sumamente elástica. Esta afirmación se apoya en un estudio llevado a cabo por el Instituto Tecnológico Autónomo de México y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en el cual se afirma:

...la utilidad marginal obtenida de la creación de más tribunales es decreciente, porque la demanda por justicia es elástica. En otras palabras, la creación de más tribunales provoca en el corto plazo una nueva saturación porque la gente percibe una mayor oportunidad de acceso: 'al disminuir el tiempo de espera se estimula inevitablemente la congestión'.³

La segunda, la instrumentación de salidas alternas, requiere de un nuevo diseño procedimental, tanto en lo normativo como en lo institucional. Para lograr un buen funcionamiento de las salidas alternas, es menester reestructurar todo el procedimiento, sin alterar el debido proceso legal.

La finalidad principal de las salidas alternas es lograr que los asuntos que ingresan al procedimiento judicial no tengan que recorrer todas las etapas de éste, para concluir satisfactoriamente. La idea es que la mayoría de los casos sean resueltos antes de recorrer todo el camino que culmina en la sentencia. Sin salidas alternas la oralidad estaría condenada al fracaso.

La mediación constituye una salida alterna que coadyuvará a reducir sensiblemente la carga de trabajo de los juzgados, dentro del nuevo esquema de justicia oral.

I. LA ORALIDAD LLEGÓ, POR FIN, A LA JUSTICIA FAMILIAR

Magistrados y jueces familiares del H. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal han trabajado desde hace más de dos años en el diseño e instrumentación de los juicios orales en esta ciudad. En febrero del año 2014, este grupo de juzgadores invitaron al Centro de Justicia Alternativa para que colaborara en la capacitación de los secretarios judiciales, funcionarios que ahora están encargados, entre otros aspectos, de ofrecer al justiciable un espacio para alcanzar un arreglo amigable.

³ Orozco Wistano L. y José Roldán Xopa (Coord.), "Estudio sobre justicia alternativa en el Distrito Federal", en Revista *Este País*, número 138, septiembre de 2002, México, D. F., p. 8.

ble dentro del juicio. Mis compañeros y un servidor, trabajamos en este proyecto desde marzo y hasta julio, y logramos coadyuvar en la capacitación de aproximadamente 60 secretarios de juzgado, entre judiciales y auxiliares.

Nuestra participación no solamente consistió en dotar de herramientas a los secretarios del juzgado para que funjan como facilitadores en la resolución de controversias, sino para comunicarse de mejor manera con las partes y, por supuesto, para brindar un servicio público mucho más humano, alejado de la cultura del expediente.

En la materia familiar, los juicios orales se comenzaron a operar el 11 de agosto del año 2014 y la primera sentencia de este tipo de juicios se dictó el 4 de septiembre de esa anualidad. El asunto que se ventilaba versó sobre la adopción nacional de un menor de edad y fue todo un éxito.

La reforma al código de procedimientos civiles que da origen a los juicios orales familiares prevé que siempre se alentará a las partes para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al procedimiento. El momento procesal ideal para ello es, sin duda, la Junta Anticipada, pero esto no es impedimento para que en cualquier otra etapa, las partes logren conciliar sus intereses, incluso durante la Audiencia de Juicio ante el juez, antes de que éste dicte sentencia.

En mi opinión, el hecho de que la ley ofrezca un espacio a las partes para lograr una solución negociada a su conflictiva y que los secretarios de juzgado ya hayan sido entrenados como facilitadores de acuerdos entre las partes, ya constituye un gran avance. Sin embargo, me parece que no es suficiente, y enseguida intentaré explicar por qué se requiere, en algunos casos, que al justiciable se le brinde un espacio distinto al jurisdiccional para solucionar sus diferencias; es decir, que la mediación se constituye en una verdadera salida alterna.

II. PENSAMIENTOS QUE SE SIGUEN EN EL LITIGIO Y EN LA MEDIACIÓN

Es fundamental señalar que la mediación como salida alterna al juicio es también un procedimiento oral, al igual que los nuevos juicios de los que puede llegar a formar parte, pero debemos ser muy precisos en el sentido de que se trata de otro tipo de oralidad.

En primer lugar, conviene retomar la idea de que el lenguaje oral que emplea la mediación es un lenguaje natural y cotidiano. Por lenguaje natural entendemos no sólo aquel que admite grandes márgenes de ambigüedad y vaguedad, como el que emplea el propio Derecho –a diferencia del lenguaje de la Física o la Música, que son lenguajes formales–; sino que es un lenguaje que se aprende por el simple hecho de socializar en los primeros años de vida.

Salvo en casos excepcionales de enfermedad, abandono o discapacidad, todos los seres humanos aprendimos a hablar (lenguaje oral) porque nos relacionamos a temprana edad con otros seres humanos parlantes mayores que nosotros. Nuestra disposición genética para desarrollar esta habilidad es anterior, más profunda y arraigada que la que tenemos, por ejemplo, para resolver un problema de cálculo diferencial.

Simplemente, tomemos en consideración la edad promedio en la que un individuo aprende a hablar, y fijémosla en dos años. Ahora, compáremosla con la edad a la que se aprende a escribir: cinco o seis años. Por último, veamos a qué edad en promedio, y conforme a la mayoría de los sistemas educativos del mundo, se aprende un conocimiento especializado como el Derecho: entre 21 y 26 años, según el país de que se trate.⁴

En principio, cualquier persona que posea cierta madurez emocional e intelectual y que sepa hablar puede participar, de manera exitosa, en un

⁴ Por ejemplo, una persona que desee estudiar Derecho en los Estados Unidos de América sólo es admitida a esta carrera si ya ha concluido sus primeros estudios universitarios correspondientes al *College*. Por esta razón los egresados de Derecho tienen una edad promedio de 26 años.

proceso de mediación, toda vez que empleará el lenguaje que aprendió desde muy corta edad y el diálogo que sostendrá con la persona con la cual tiene algún conflicto estará basado en intereses y necesidades humanos: lo que requiere es conducción del diálogo para descubrir estos intereses y necesidades, no necesita de un abogado que hable por ella. No es necesaria la traducción de un lenguaje natural básico a uno especializado.

Esto nos lleva a otro punto que tiene que ver no únicamente con el habla (lenguaje oral) cotidiana, que es el de la mediación, sino con otra característica del lenguaje, o, más bien dicho, el pensamiento que se sigue en el litigio y en la mediación.

a) Pensamiento adversarial

En el primero, se emplea un lenguaje que Edward De Bono denomina “discusión tradicional” (*traditional argument*) o “pensamiento adversarial”.

En el pensamiento adversarial, las partes asumen posiciones diferentes y contradictorias y ambas se atacan entre sí. Cada una de las partes intenta probar que a la otra no le asiste la razón.

El pensamiento adversarial adolece de todo elemento constructivo o creativo. Está diseñado para descubrir la “verdad”, pero no para crear algo realmente nuevo.

Puesto en términos hegelianos y en el contexto de un procedimiento judicial, se puede afirmar que este tipo de pensamiento y, por ende, de lenguaje consiste en un diálogo en el cual una parte presenta una tesis (demanda), la otra, una antítesis (contestación a la demanda) y el juzgador realiza la síntesis a través de su sentencia.

De acuerdo con De Bono, el debate tradicional fue perfeccionado por tres grandes pensadores griegos: Sócrates, Platón y Aristóteles, hace más de dos mil cuatrocientos años.⁵

⁵ Edward De Bono, *Father of Lateral Thinking*: <http://www.edwdebono.com/parallel.htm>.

b) *Pensamiento vertical y pensamiento paralelo*

Asimismo, el autor nos señala que existe otro tipo de pensamiento, al cual estamos muy acostumbrados en el juicio: el llamado *pensamiento vertical* y que básicamente se encarga de probar y desarrollar patrones conceptuales y de comportamiento.

Esta es la lógica que predomina en los juicios. Por el contrario, en la mediación no se usa este tipo de argumentación, sino aquel que el propio autor en cita denomina *pensamiento paralelo*.

A través de este enfoque, ambas partes se encuentran pensando en paralelo en la misma dirección; se trata de un pensamiento colaborativo y coordinado. Es posible cambiar de dirección con el objeto de analizar la situación en su conjunto y ampliar el panorama de la misma.

En todo momento cada uno de los involucrados se encuentra pensando en paralelo con los demás. No tiene que existir acuerdo en las declaraciones, pensamientos o percepciones de cada uno de los participantes, al menos no en todos los puntos que se estén tratando.

El curso de la conversación se puede cambiar (labor del mediador), con el objeto de crear un nuevo discurso a partir de los pensamientos paralelos. En otras palabras, en la mediación no hay adversarios a los que hay que vencer; sino personas que tienen percepciones diferentes de la realidad y que comparten un problema. Al centrar la atención en el problema, cada una de las partes va aportando opciones de solución y el mediador, a través de ciertas herramientas, ayuda a las partes a cambiar su propio discurso para que ambas se centren en sus intereses, que son mucho más amplios que sus posiciones, y lleguen a soluciones que sean satisfactorias para ambas.

c) *Pensamiento lateral*

La mediación utiliza también lo que Edward De Bono bautizó con el nombre de *pensamiento lateral*. El autor nos señala que:

La finalidad del pensamiento es recolectar información para darle el mejor uso posible. Dada la manera en que la mente trabaja para crear patrones conceptuales fijos, no es posible darle el mejor uso a la nueva información a menos que contemos con determinados medios que nos permitan reestructurar viejos patrones y ponerlos al día. Nuestros métodos tradicionales de pensamiento nos enseñan cómo refinar dichos patrones y establecer su validez. Pero siempre estaremos por debajo del uso óptimo de la información disponible a menos que sepamos cómo crear nuevos patrones y escapar de la dominancia de los viejos. Al pensamiento vertical le atañe probar o desarrollar patrones conceptuales. Al pensamiento lateral le atañe reestructurar dichos patrones (introspección) y propiciar el surgimiento de otros nuevos (creatividad). El pensamiento lateral y el vertical son complementarios. Se requiere habilidad en ambos; sin embargo, el énfasis en la educación se ha dado exclusivamente a través del pensamiento vertical. La necesidad de desarrollar el pensamiento lateral surge de las limitaciones del comportamiento de la mente como sistema de memoria que se maximiza a sí mismo.⁶

A diferencia del pensamiento vertical y adversarial, el pensamiento lateral implica dejar de insistir en la misma estrategia para resolver un conflicto, una vez que se ha comprobado que no funciona. No por mucho insistir en una estrategia, se logrará solucionar un problema. Parafraseando al gran físico y matemático, Albert Einstein: “si se buscan resultados distintos, no hay que hacer siempre lo mismo.”

Para De Bono, cuando empleamos la lógica tradicional, partimos de ciertas premisas que ya están dadas de antemano, tal como sucede en un

6 De Bono, Edward, *Lateral Thinking. A Textbook of Creativity*, <http://ebookbrowse.com/edward-de-bono-lateral-thinking-pdf-d88465889>, p. 9.

juego de ajedrez, las piezas ya están ahí. El autor se pregunta: “¿Qué son esas piezas?” En la mayoría de las situaciones de la vida real, las piezas no están dadas de antemano, simplemente asumimos que lo están. Tendemos a asumir determinadas percepciones, conceptos y límites.

Al pensamiento lateral no le interesa jugar con las piezas o premisas existentes, sino que pretende cambiar las piezas mismas, centrándose en el componente perceptual del pensamiento, en el que organizamos el mundo exterior en piezas que sí podemos manejar y procesar adecuadamente.

La mediación intenta emplear el lenguaje oral y cotidiano para lograr que las partes se escuchen y reconozcan que tienen percepciones distintas respecto de los problemas que les aquejan.

No se trata de averiguar quién tiene la razón, pues todos los participantes tienen la razón, su razón. El pensamiento lateral se emplea en este mecanismo alternativo de solución de controversias, cuando el mediador reencuadra las percepciones de cada mediado respecto de alguna situación en particular, y cuando realiza preguntas que, en apariencia, nada tienen que ver con las posiciones presentadas; es decir, el facilitador “obliga” a que las partes piensen lateralmente y vayan cambiando sus percepciones del conflicto. Al ir cambiando las percepciones, los va acercando a que descubran sus intereses y necesidades, dejando de lado las piezas “existentes de antemano” (sus posiciones).

También promueve el pensamiento creativo tan característico del pensamiento lateral, al incitar a las partes a que realicen una *lluvia de ideas* para aportar opciones de solución. De alguna manera el mediador es un “provocador” que, estratégicamente, genera confusión en las partes para que éstas abandonen los viejos patrones aprendidos.

Existe una razón más para que en la mediación se emplee un lenguaje distinto al jurídico y que se caracteriza por ser oral y cotidiano y basado tanto en el pensamiento paralelo como el lateral.

En su estupendo y breve artículo intitulado *Wittgenstein y mediación*,⁷ el doctor Luis Miguel Díaz discurre acerca de la imposibilidad que presenta el Derecho para cambiar la realidad, toda vez que el juego del lenguaje jurídico da significado a la conducta humana y al mundo fáctico en general, pero “no causa cambio directo en el universo, lo que cambia el mundo es la conducta humana y los fenómenos naturales.”

Tendemos a emplear el lenguaje jurídico para cambiar una realidad en donde se sobreponen diversos juegos de lenguaje, donde las palabras adquieren diferentes significados pues son usadas, con frecuencia, simultáneamente en distintos contextos, lo cual produce confusión e impide una visión holística de los conflictos y, por tanto, su resolución –o mejor dicho su gestión–.

El doctor Díaz señala:

Los sistemas de derecho de los países actuales mantienen el dogma de que para resolver disputas legales entre las partes involucradas, otros humanos imparciales facultados por la ley (entidades políticas, autoridades administrativas, jueces, árbitros, etc.) deben solucionar la disputa. Sin embargo este enfoque de resolución de conflictos presupone dos premisas epistemológicas falsas: a) Que existe un universo objetivo, el cual puede ser conocido por éstos quienes deciden, y b) Esos que deciden son imparciales (humanos sin padres, sin país, sin amigos, sin emociones, sin pensamientos, sin deseos, sin anhelos, etc.).⁸

Coincidimos con las críticas del autor, pero además, existen otras razones para afirmar que el lenguaje jurídico no puede abarcar toda la realidad, como lo habrían soñado los civilistas franceses del siglo XIX.

El Derecho es un conjunto de reglas que son útiles para ordenar la convivencia social, pero el simple intento de acomodar toda la reali-

⁷ Díaz, Luis Miguel, “Wittgenstein y mediación”, en <http://www.mediate.com/mobile/article.cfm?id=344>.

⁸ *Ibidem*.

dad para que fluya a lo largo de estos estrechos cauces –llamadas *normas*– es un verdadero absurdo; constituiría una distorsión monstruosa de la vida humana: en la norma jurídica no caben las emociones, las pasiones, la ambigüedad tan característica del lenguaje y comportamiento humanos, y tantos otros elementos propios de la existencia de las personas.

Todos estos elementos pertenecen a juegos de lenguaje distintos y son indiferentes al Derecho, pero no a la realidad, no al conflicto. Por eso el Derecho se queda corto frente al drama del desencuentro humano.

Este punto se puede resumir en el absurdo e ingenioso dicho popular que se aduce entre algunos miembros de la comunidad jurídica mexicana: “Lo que no consta en el expediente, no existe”.

Y sin embargo, si las normas admitieran un intercambio de juegos lingüísticos en donde encontrarán cabida todos estos factores metajurídicos, el Derecho perdería una de sus grandes fortalezas que, a su vez, constituye su gran debilidad: la naturaleza general de sus normas. Pero este punto sería objeto de otra discusión.

Vale resaltar que el mediador, a diferencia de otros operadores del sistema de justicia, no es una autoridad, sino un facilitador de la comunicación y de las negociaciones entre particulares y cuyos esfuerzos se encaminan a que estos últimos lleguen por sí mismos a acuerdos que les sean mutuamente satisfactorios y legales.

Para lograr que la negociación fluya, es menester que el tercero neutral ponga en práctica ciertas técnicas y estrategias que conduzcan a las partes a reconocer sus propios intereses y necesidades, y no sus posiciones como en el caso del litigio.

Si la materia a negociar son intereses, entonces diversas posiciones, y no sólo una, pueden satisfacer las necesidades de cada parte. Un acuerdo construido, de esta manera, tiene mayores probabilidades de ser

cumplido que una sanción impuesta, porque surge de la más auténtica y profunda voluntad de las partes.

En otras palabras, los procesos como la mediación permiten que convivan distintos juegos del lenguaje, ya que si surge la confusión en cuanto a los significados en la comunicación, las propias partes pueden superarla con la ayuda del facilitador, quien les ayuda a contextualizar y resignificar lo dicho.

III. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Se puede afirmar que la mediación es un procedimiento oral que emplea el lenguaje cotidiano, no especializado, en el que predomina el uso del pensamiento lateral y paralelo y en el cual es posible que se sobrepongan diversos juegos del lenguaje, sin crear situaciones caóticas, generando así nuevas oportunidades a los mediados para que transformen sus relaciones y solucionen sus diferencias.

La pregunta obligada es la siguiente: ¿Cómo pueden convivir, en el *iter* judicial, dos lenguajes tan divergentes? La oralidad en el juicio emplea el pensamiento vertical, adversarial y un código de normas sustantivas y adjetivas que solamente admite un sólo juego del lenguaje: el jurídico.

La respuesta no es sencilla, pero para lograr que se complementen se tiene que realizar una suerte de traducción de un lenguaje al otro.

En la forma en que están legislados los juicios orales en materia familiar la traducción es extremadamente difícil. Se requiere una reforma al código de procedimientos civiles para que el justiciable encuentre un espacio de diálogo más íntimo y más largo: *es imperativo que la mediación constituya una verdadera salida alterna al juicio*. Es difícil realizar el cambio de una forma de pensamiento a otra, en poco más de una hora, tiempo que dura la Junta Anticipada.

Sin embargo, es factible realizar esta traducción si se cuenta con otros tiempos y espacios. A guisa de ejemplo podemos imaginar que un asunto que se ventila en juicio es remitido a mediación. En este procedimiento alternativo se empleará el lenguaje ya descrito. Asumamos que se resuelve el conflicto. Queda una tarea pendiente e indispensable para que lo solucionado en mediación tenga valor jurídico: el mediador tendrá que convertir todo lo expresado por los mediados a un lenguaje escrito, jurídico y aun cuando se abandone el lenguaje adversarial, pues las partes ya han arribado a un acuerdo, tendrá que redactar el convenio en términos del lenguaje vertical; es decir, tendrá que regresar a patrones conceptuales fijos y consolidarlos.

Debe haber un regreso al pensamiento estructurado, analítico, lógico y secuencial. Cualquiera diría: ¿qué se gana entonces con la mediación? A nuestro juicio, mucho. Los mediados han aprendido a manejar sus problemas jurídicos y no jurídicos de otra manera, más creativa, ampliando los límites de su mundo pues han ampliado los límites de su lenguaje.

EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL FUNCIONALISTA A LA LUZ DEL ANÁLISIS DEL SISTEMA-MUNDO CAPITALISTA NEOLIBERAL

*Lizbeth Xóchitl Padilla Sanabria**

Sumario: *Nota introductoria. I. Elementos básicos del funcionalismo normativo penal. II. El enemigo en el derecho penal funcionalista. III. El enemigo en el derecho penal como elemento básico de la hegemonía de las políticas económicas en el sistema-mundo capitalista-neoliberal. IV. Conclusión. V. Bibliografía.*

NOTA INTRODUCTORIA

Durante mi estancia en la Universidad de Sevilla tuve la oportunidad de aprender e intercambiar ideas con grandes pensadores del Derecho penal del enemigo, entre ellos, los profesores Günter Jakobs, Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts.

Lo más fructífero del aprendizaje recibido fue, sin duda, delimitar las bases epistemológicas de la corriente normativa llamada *funcionalismo penal*, mediante la cual dichos estudiosos argumentan al Derecho penal del enemigo.

* Doctora en Derecho por la UNAM. Posdoctora en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Profesora de la Maestría en Política Criminal de la Universidad Nacional Autónoma de México en las facultades de Estudios Superiores Aragón y Acatlán. Asesora del Sistema Universidad Abierta y Educación a Distancia, FES Acatlán. Ponente en el Diplomado en Derechos Humanos y Sistema Penal y en el Diplomado en Seguridad Pública impartidos en la misma Institución. Profesora en la maestría en Victimología del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Sin embargo, me percaté que el funcionalismo penal del cual ellos hablan no tiene la misma dinámica sistémica en los países desarrollados que en aquellos que no lo son y, por ende, los resultados en la aplicación de este Derecho tiene diferentes resultados. Trataré de argumentar esta aseveración desde la dinámica sistémica basada en el modo de producción económico que rige a ambos, siempre desde la perspectiva del sistema-mundo de Immanuel Wallerstein.

Mientras que para estos tres grandes autores, el Derecho penal del enemigo es en sí mismo el garantismo penal,¹ en los países en vías de desarrollo considero que su función primordial es controlar la competencia económica a través de la aplicación de la norma de este tipo de Derecho penal.

Me parece que el tratamiento, la aplicación y los resultados sociales del Derecho penal del enemigo no es el mismo desde una perspectiva sistémica en un Estado fuerte de bienestar social, como aún lo es el español y el alemán, que en un Estado económicamente débil a merced del neoliberalismo como en el que estamos viviendo en México. También considero que de acuerdo a la dinámica sistémica es como se va comportando el Derecho penal, con el fin de equilibrar y cumplir el fin último sistémico de acuerdo al pensamiento de Wallerstein: “La acumulación incesante de capital”. El autor nos indica que aquellos que no cumplan con ello serán castigados y de hecho excluidos, al contrario, para aquellos que lo hagan serán premiados.²

1 A saber, el Dr. Polaino Orts nos indica: “Por ello, el Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista –o el Derecho penal funcionalista en general– no pretende más Derecho penal ni propugnan sanciones injustas, lo contrario: pretende que el Derecho penal sea –para decirlo con la feliz expresión de Daniel Pastor– un cortafuegos del poder punitivo y pretende que sólo se apliquen normas drásticas pero proporcionales a unos pocos delinquentes (a aquellos que realmente desestabilicen la Sociedad) como único medio para salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos que se hallan amenazados por tales delinquentes. Esa salvaguarda constituye, en buena lógica, el *verdadero garantismo penal*, mucho más real que el garantismo ideal al uso”. Polaino-Orts, Miguel, *El derecho penal del enemigo, ante el estado de derecho*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, pp. 420-421.

2 Wallerstein, Immanuel, *Análisis de sistemas-mundo. Una introducción*, México, Siglo veintiuno editores, 2010, pp. 40-41, paráfrasis.

Bajo esa lógica, es importante entender el funcionalismo penal jakobiano, así como la conceptualización del enemigo en el pensamiento de los tres autores antes mencionados y, por supuesto, analizarlo desde el “sistema-mundo capitalista-neoliberal”.³

I. ELEMENTOS BÁSICOS DEL FUNCIONALISMO NORMATIVO PENAL

a. *El funcionalismo*

Los profesores Günter Jakobs, Miguel Polaino Navarrete y Miguel Polaino-Orts, basan su análisis del Derecho penal en el funcionalismo en algunos aspectos epistemológicos de Niklas Luhman y de Hegel.

Este sistema encuentra influjos importantes en la filosofía idealista dialéctica de Hegel y en la teoría de los sistemas sociales de Niklas Luhmann, pero no se limita a una importación al ámbito del Derecho penal de dichos postulados filosóficos y sociológicos, sino que enriquece extraordinariamente la dogmática penal con sugerentes aportaciones personales.⁴

Este funcionalismo busca como fin último concretar al interior del sistema estructuras que sirvan a éste para cumplimentar su último fin, es decir, la estabilidad sistémica, en la cual se entiende al sistema social como el resultado de expresiones de sentido que lo ayuda a autorreproducirse. El Dr. Polaino-Orts indica al respecto:

³ El sistema-mundo capitalista-neoliberal lo conceptualizamos como aquel en el que se encuentran incluidos-excluidos todos los individuos, grupos sociales, instituciones, prácticas sociales, comunicaciones, ideologías y normas que protegen al sistema económico y que forman parte de la dinámica constituida por el libre mercado. Su fin último es la acumulación incesante de capital.

⁴ Jakobs, Günter, *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, derecho penal del enemigo*, Sevilla, edición de Miguel Polaino-Orts, 2014, p. 18.

Dicha corriente concibe la Sociedad (que, en tanto sistema social global, se integra de diversos sistemas parciales: Derecho, Economía, Religión, Política, Ciencia, Arte, etc.) como un sistema autorreferente y autopoietico que se compone de manifestaciones o expresiones de sentido, conocidas sintéticamente como comunicaciones. La comunicación es el mecanismo propio de autorreproducción de los sistemas sociales, la operación autopoietica mediante el cual el sistema social se crea (autocrea) y se recrea a sí mismo. Ésta se reproduce siempre entre personas, que de esa forma se delimitan de los individuos, cuyo *locus vivendi* es el ambiente, el entorno.⁵

Entonces, desde la perspectiva del funcionalismo, la importancia de las comunicaciones que dentro del sistema social se desarrollan radica en que las mismas deben direccionarse al cumplimiento del fin social.

El Dr. Miguel Polaino-Orts citando a Niklas Luhmann refiere de la siguiente forma al funcionalismo:

En sentido estricto, funcionalismo se refiere como apunta Luhmann a las doctrinas que resaltan “las prestaciones que, desde el punto de vista de su aportación (resultan necesarias) para el mantenimiento de un sistema social”. Desde este punto de vista tales elementos o prestaciones cumplen en *sí* un cometido estabilizador del sistema, y en tal sentido resultan funcionales para el mismo.⁶

El mismo autor nos indica que para el profesor Jakobs el funcionalismo es “Aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la Sociedad. Esa Sociedad se integra por personas, que se caracterizan por emitir *comunicaciones*, esto es *expresiones de sentido comunicativamente relevantes*”.⁷

5 Polaino-Orts, *op. cit.*, nota 1, p. 99.

6 Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 4, pp. 34-35.

7 *Ibidem*, p. 35.

b. *El rol social*

Siguiendo esta epistemología, el profesor Miguel Polaino Navarrete nos dice que el punto de partida para analizar al funcionalismo penal es la teoría de los roles sociales, siendo el cumplimiento del rol social la parte más importante de una buena convivencia social y, por ende, del bienestar común:

Los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol. El rol es el papel que cada uno desempeña en la Sociedad. Del mismo modo que en el teatro cada actor desempeña un rol, en la vida («el gran teatro del mundo», según Calderón de la Barca) también corresponde a cada ciudadano el ejercicio de un determinado rol: taxista, magistrado, panadero, bombero, padre de familia, conductor de autobuses, obrero de la construcción, etc.⁸

Polaino-Orts nos indica que la funcionalidad de cumplir el rol social estriba en que de esa forma los sujetos sociales quedan incluidos en el sistema, pues en caso contrario, se advierte que los mismos no están desempeñando el papel que el mismo derecho les atribuye y, por tanto, no contribuyen al desarrollo de la dinámica sistémica.

Los seres humanos se encuentran en el mundo social en función de portadores de un rol. Éste se define, a su vez, por un contenido variable en el que se integran derechos y deberes. La orientación en función de ese rol define al sujeto como persona. En tal sentido, se afirma que las personas quedan integradas en el sistema, dentro del cual desempeñan una función que coadyuva al mantenimiento en la estructura social. La pertinencia de la persona a la estructura social viene determinada porque, por lo general, las personas se orientan en el cumplimiento de su rol, esto es, forman parte de la sociedad, del

⁸ Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, España, Tecnos, 2013, p. 84.

sistema social, cumpliendo las expectativas –de cada sujeto– se espera en la sociedad.⁹

Con base en el rol social, tenemos que para Jakobs el funcionalismo normativo tiene como base fundamental la expectativa social de acuerdo con el cumplimiento de una norma jurídica que tiene su génesis en la sociedad:

La norma es, en efecto, expresión de un sentido comunicativamente relevante: la norma expresa, pues, una tesis: “no matar”, “no violar”, “no defraudar a la Hacienda Pública”, etc. Dicha tesis no se concibe en el funcionalismo de manera imperativa, sino en forma de expectativa social, esto es: una expectativa con la que la Sociedad se identifica. Desde ese punto de vista, la norma es el compendio de expectativas sociales institucionalizadas de manera oficial mediante un cuidadoso proceso de selección normativa.¹⁰

Entonces, el rol social es el comportamiento que de acuerdo a la norma jurídica debe tener un sujeto con respecto al papel social que le corresponde con base en una expectativa social.

c. *La expectativa normativa y la imputación penal objetiva*

Por su parte, el profesor Polaino Navarrete nos indica con respecto a la expectativa normativa que “Ejercer el rol significa cumplir la expectativa social y respetar la norma. Por el contrario, apartarse del rol significa defraudar a la expectativa social, esto es: infringir la norma”.¹¹

Entonces para estos estudiosos del Derecho, la esencia del bienestar común en la sociedad es precisamente cumplir la norma a través de un rol que es asignado por el sistema social de acuerdo a las necesidades y expectativas sociales. En ese orden de ideas, Jakobs nos dice:

9 Polaino-Orts, Miguel, *op. cit.*, nota 1, pp. 99-100.

10 Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 4, pp. 37-38.

11 Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, nota 8, p. 87.

La expectativa normativa representa el elemento aglutinador de la esencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de la sociedad. La norma no tiene como contenido un bien jurídico (elemento, en sí, contradictorios: el bien es un elemento ontológico, natural, prejurídico) sino una expectativa social, esto es: la esperanza institucionalizada de que la relación jurídica entre un titular (persona) y un derecho (derecho a la vida) no va a ser alterada de manera arbitraria. De ese modo, por ejemplo, el Derecho penal no reacciona frente a una conducta en tanto que destruye un bien, sino en tanto que quebranta la norma, es decir: no porque acaba con algo ontológico, sino porque aniquila un derecho.¹²

Cuando dichas expectativas normativas son incumplidas o violadas, el sistema a través de comunicaciones materializadas en expresiones de sentido, crea estructuras que permiten su reafirmación y autorreproducción con el fin de que éste equilibre su dinámica.

Para dicho autor la imputación penal estriba en:

La desviación respecto a esa expectativa que compete al portador de un rol o, más escuetamente como la desviación de un rol. La imputación, en tanto reverso del ejercicio correcto del rol, consiste en la defraudación imputable de las expectativas sociales. Apartarse del rol es el fundamento de la imputación penal: no otra cosa es apartarse del rol que hacerse culpable, esto es, penalmente imputable.¹³

Para el doctor Polaino-Orts, el quebrantamiento del rol es precisamente el elemento que permite la imputación objetiva:

Si, como vimos anteriormente, el ejercicio del rol se identificaba con el cumplimiento de la norma, es lógico concluir que el quebrantamiento del rol es la llave que abre la puerta de par en par a la *imputación penal* sobre la base de la infracción de una norma jurídica. La explicación es muy clara. El sujeto que gestiona

12 Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 4, pp. 38-39.

13 Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, nota 8, p. 87.

su ámbito de organización creando una disimetría entre su comportamiento real y el comportamiento que de él, en función de su rol social, se esperaba socialmente, no sólo infringe su rol y quebranta la norma, sino que defrauda expectativas socialmente institucionalizadas, de manera que corre el riesgo de que le reprochen jurídicamente su proceder.

Desde ese punto de vista, puede definirse muy sencillamente la imputación penal como la *desviación respecto de aquella expectativa que compete al portador de un rol* o, más escuetamente: *como la desviación de un rol*. En este sentido, la imputación es, precisamente, el *reverso* del ejercicio correcto del rol, de manera que debe su existencia precisamente por el hecho del sujeto que se desvía y no adecua su conducta al rol que se espera que desempeñe en la Sociedad. La imputación objetiva es, pues, en esencia *una defraudación imputable de las expectativas sociales*, correlativamente con la concepción de la norma como modo de orientación de conductas y como fundamento estabilizador de expectativas sociales.¹⁴

También para Jakobs, la violación de esa expectativa social convertida en norma jurídica, trae como consecuencia la imputación objetiva del delito:

El delito (o, en general la conducta) no es un mero suceso exterior, algo ontológico, sino la *expresión de un sentido*. Con su conducta el delincuente *habla* de una determinada manera, *expresa* un sentido, *comunica* algo: en concreto, comunica que el sentido de la norma a él no le compete, y –por ello– propone algo alternativo: el sentido del delito se opone comunicativamente al sentido de la norma. La norma expresa “no matar” y el delincuente expresa un mundo donde sí sea permitido matar, etc.¹⁵

14 Polaino-Orts, Miguel y José Antonio Caro Jhon, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México, Flores editor y distribuidor, 2009, pp. 73-74.

15 Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 4, p. 38.

Incluso para dicho autor, la aplicación de la pena es una comunicación sistémica normativa fundamental para el equilibrio sistémico, pues de ésta dependerá que la norma jurídica sea una estructura que permita el control y la autopoietización sistémica.

Jakobs considera que la secuencia de tres significados sociales –el significado de la norma, el del hecho delictivo y el de la pena– no agota, sin embargo, todo el ámbito del Derecho, sino que este tiene también otros ámbitos o partes “mudas” o “silenciosas”. Estos lados silenciosos del delito y de la pena se observa, según Jakobs, en el Derecho penal del enemigo, donde propiamente no existe comunicación sino ejercicio de coacción jurídica legítima.¹⁶

De hecho el Dr. Polaino-Orts nos indica que la esencia de la imputación penal objetiva es el quebrantamiento del rol social:

De la exposición anterior se extraen dos principios generales, que podemos resumir de la siguiente manera: de un lado, el ejercicio del rol es, para el titular del mismo, una garantía; mientras que el quebrantamiento del rol, esto es, la desviación del rol, constituye precisamente la esencia de la imputación penal.¹⁷

Cuando un sujeto quebranta su rol, no se comporta simplemente como alguien que gestiona incorrectamente su ámbito de organización, sino como algo más: como un mal ciudadano o como un ciudadano insolidario que sienta las bases para que los demás ciudadanos lo consideren como alguien que, conforme a los parámetros normales, se aparta de la personalidad en derecho.¹⁸

Para dichos autores la imputación penal objetiva es un concepto relativamente fácil de explicar, en virtud de que la misma nace desde que el sujeto infringe la expectativa social normativa, toda vez que depende de este cumplimiento para que este último sea incluido socialmen-

16 *Ibidem*, pp. 39-40.

17 Polaino-Orts, Miguel y José Antonio Caro John, *op. cit.*, nota 14, pp. 73-74.

18 *Ibidem*, p. 76.

te como persona. De hecho, la imputación objetiva es la expresión de sentido comunicacional que permite el equilibrio sistémico social, pues ésta es la que refuerza el cumplimiento de la norma.

Persona es, como queda dicho, quien por regla general cumple la norma y, por ello, quien por regla general permite que los demás se vean amparados por el efecto protector que la norma les provee. El cumplimiento de la norma por parte de un sujeto no es algo que afecte únicamente a él, sino que afecta a todo el mundo: precisamente porque la norma posibilita el contacto interactivo entre los ciudadanos y, de esa forma también, la norma posibilita el desenvolvimiento de ese mundo social.¹⁹

Entonces, la expectativa normativa penal y el delito son comunicaciones, es decir, expresiones de sentido, que aunque contrarias, permiten el reforzamiento de la estructura social.

Es así que, cuando existen expresiones de sentido contrarias, éstas deben ser contrarrestadas por otras de igual funcionalidad sistémica, en el caso del ilícito penal, la comunicación contraria es “la pena, la cual también es una expresión de sentido, en concreto, del significado de que, a pesar de que el delito quebrantó la norma, la norma sigue siendo vigente”.²⁰

Con base en todo lo argumentado, tenemos que los elementos más importantes para los estudiosos del funcionalismo penal, son los siguientes:

1. Rol social
2. Expectativa social normativa
3. Imputación objetiva
4. La pena

¹⁹ Polaino-Orts, Miguel, *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, p. 65.

²⁰ *Idem*.

Es menester indicar también, que esta epistemología penal difiere del positivismo penal mexicano en cuanto a que no existe bien jurídico protegido, sino más bien, lo importante para ellos es el cumplimiento de la norma jurídica en tanto es expresión de sentido social, y son precisamente los sujetos sociales, quienes a través de un consenso-disenso crean las normas penales existentes; es decir, de acuerdo a nuestros autores, el Derecho es el espejo de la sociedad, pues las normas son producto de ella.

II. EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL FUNCIONALISTA

a. *La persona desde el funcionalismo penal*

Los funcionalistas parten de la idea de que el sujeto es persona y, por tanto ciudadano, desde una perspectiva eminentemente jurídica; es decir, de acuerdo al cumplimiento de las expectativas sociales como garantes del respeto hacia una sociedad que considera a su ordenamiento jurídico justo y necesario para el bienestar social.

El funcionalismo jurídico-penal parte también de comunes presupuestos sociales. Jakobs, su más firme representante, lo define como “aquella teoría según la cual el derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad”. Esta postura se aleja, en sus planteamientos, tanto de la conciencia individual (que había sido el punto de partida de la filosofía tradicional hasta el momento, enraizada en Descartes y desarrollada desde Hobbes hasta Kant) como de la tradicional concepción europea del Estado, iniciado por Aristóteles. En el centro de su pensamiento, sitúa Jakobs –en cambio– la distinción entre “persona” e “individuo”, que es una forma de observación de la sociedad. La noción de persona es normativa, relativa, funcional, además de construida normativamente, esto es, privada de sus ataduras ontológicas, naturalísticas o prejurídicas. La persona es

definida como centro de imputación, y lo es además en función de su haz de derechos y deberes en la sociedad: de ese modo, el Derecho ha de defender a la persona como un producto de la cultura, y no al ser humano (sujeto de carne y hueso) como producto de la naturaleza.²¹

Entonces, la importancia sistémica que tienen las personas radica en cuanto a su funcionalidad en la medida en la que cumplen su rol jurídico, por tanto, por el simple hecho de serlo son susceptibles de ser merecedoras a una imputación penal objetiva.

Es decir, la persona será la materialización objetiva de los derechos y deberes de las expectativas sociales, todo lo demás que anteceda ontológicamente al sujeto no es óbice de considerarlo importante para el Derecho penal. Bajo esta perspectiva, Polaino-Orts indica:

La persona viene desempeñando un rol en el mundo social y el rol es elemento complejo que reúne un aspecto formal o externo (algo así como la identificación externa de rol) y un aspecto material o interno (que es un conjunto de derechos y deberes). Objeto de imputación es la desviación de un rol. Y en el seno del rol se incorporan, como digo, derechos y deberes, y lógicamente nada obsta, sino todo lo contrario, que determinados conocimientos se vean revestidos de la condición de deber. Esos conocimientos normativizados que pierden su condición subjetiva y se revisten como deber estandarizado u objetivado son también, claro está, objeto idóneo de imputación si debiendo cumplirse se infringen.²²

En este sentido, el conocimiento sólo interesa si es deber y el deber forma parte del rol de la persona: conocimiento, deber, rol y persona son la misma cosa, y –por ello– el conocimiento es inescindible de la persona, y la imputación requiere necesariamente tener en cuenta el

21 Polaino-Orts, Miguel, *op. cit.*, nota 1, pp. 105-106.

22 Miró Llinares, Fernando y Miguel Polaino-Orts, *Imputación y valoración en derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013, p. 69.

conocimiento (es decir, el deber) para poder realizar la imputación (infracción del deber).²³

También existen otras expresiones de sentido contrarias, es decir, comunicaciones que fortalecen el concepto de “persona” que los funcionalistas acuñan, tal es el concepto de “peligrosidad”. Jakobs nos indica al respecto:

La vigorosa sentencia según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en Derecho, por lo tanto, como ya sabe suponer en este punto, necesita de una adición: siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario, siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan resultar peligrosos. Ahora bien, si hacen estragos, hay que combatirlos, y si existe la posibilidad de que los hicieran, hay que tomar medidas preventivas.²⁴

Es decir, de acuerdo a esta epistemología, el sujeto debe aportar lo que la sociedad materializa a través del espectro normativo, pues en caso contrario, éste distaría mucho de ser funcional a sus objetivos, y por tanto, lo excluye privándolo de sus derechos y deberes que “las personas” tienen por el simple hecho de cumplir su rol y conducirse sistémicamente.

Es por ello que los funcionalistas describen y analizan al “enemigo” desde la defraudación del rol social y la peligrosidad que éste implica para la sociedad. Por tal motivo, la crítica del Derecho penal del enemigo debe hacerse desde la misma perspectiva funcional y sistémica, pues de lo contrario, como bien lo dice Polaino-Orts:

Un estudio dedicado al análisis del Derecho penal del enemigo exige, como cabe suponer, una profundización precisa en el significado del concepto más

²³ *Ibidem*, p. 71.

²⁴ Jakobs, Günter *et al.*, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008, p. 11.

llamativo y más central en esa formulación: el enemigo. Se trata, a no dudarlo, de una terminología gráfica, no exenta de cierta capacidad provocativa. De hecho, el fenómeno del Derecho penal del enemigo ha sido objeto de no pocas descalificaciones basadas, primordialmente, en prejuicios morales o políticos (pero no científicos), relativos al término “enemigo”.²⁵

Es por ello, que resulta de vital importancia entender al “enemigo” desde la perspectiva de la epistemología funcionalista.

b. *El enemigo en el Derecho penal funcionalista*

1. El riesgo: el lado silencioso del Derecho penal

El sistema social, con el fin de equilibrarse y mantenerse, busca a través de la funcionalidad de sus estructuras sistémicas controlar de diversos modos las contingencias que lo amenacen.

En ese sentido, mientras el sistema menos alcance tenga para dicho control, el riesgo entrópico cada vez es más peligroso para él. Por esta razón, éste crea normas que le permiten anticiparse a esas expresiones de sentido. En ese tenor, nos dice Ulrich Beck que:

Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo. Toda sociedad, por supuesto, ha experimentado peligros. Pero el régimen de riesgo es una función de un orden nuevo: no es nacional, sino global.²⁶

²⁵ Polaino-Orts, Miguel, *op. cit.*, nota 1, p. 91.

²⁶ Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002, p. 5.

Es decir, si los riesgos tienen mayor espectro social e incluso globalizados, el espectro del Derecho se extenderá más y su aplicación significaría la criminalización en estadios previos cada vez mayores.

Al respecto, la Dra. Martínez Álvarez nos dice: “Nuestra sociedad es una sociedad de riesgos, algunos de ellos son permitidos, otros ni son permitidos ni pueden ser aceptados”.²⁷ Los riesgos más peligrosos para el sistema son aquellos que salen de su alcance de control y que, precisamente por ello, le pudieran causar una inestabilidad grave en su dinámica.

Es ahí donde Jakobs indica que el Derecho penal no se constriñe únicamente a las expresiones de sentido o comunicaciones sistémicas, sino que también existen elementos que el sistema no ve, ni escucha, y por tanto, es necesario que se anticipe a la futura realización de comunicaciones que, dada su fuerza antisistémica, pudieran desequilibrar fuertemente al sistema hasta eliminarlo.

Bastida Freixedo resume gráficamente la concepción de Jakobs diciendo que:

...con el enemigo no cabe comunicación porque ha dado muestras de lo que podría llamar *afasia jurídica*: no sólo no respeta las reglas semánticas (esto tampoco lo hace el delincuente ordinario) sino que tampoco lo hace con las sintácticas. En suma, produce ruido, no enunciados susceptibles ni tan siquiera de corrección. Por seguir utilizando este símil lingüístico, el ciudadano que delinque habla mal nuestra lengua y, en consecuencia, el derecho intenta enseñarle su uso correcto reafirmando la validez del patrón ortográfico que usa la mayoría: El enemigo, en cambio, habla otro idioma y, además, da muestras de no querer aprender el nuestro. Por eso, al enemigo, como dice Jakobs, no se le comunica nada, simplemente se le combate.²⁸

27 Martínez Álvarez, Isabel Claudia, *El derecho penal del enemigo*, México, Porrúa, 2009, p. 4.

28 Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 4, pp. 39-40.

Por eso para el sistema es importante controlar el riesgo que representa el enemigo, ya que en ocasiones no lo conoce y ni siquiera sabe dónde está; en ese sentido, Jakobs pugna por la criminalización en un estado previo a la propia conducta.

En primer lugar, ha de mencionarse la anticipación de la punibilidad –ahora vinculante en virtud de una decisión marco europea, pero que ya antes era habitual–, ante todo la punición de la constitución de una asociación criminal o incluso terrorista, es decir, la punición de un comportamiento que se produce mucho antes de la comisión de un delito de lesión.²⁹

Es decir, al enemigo se le pretende criminalizar mucho antes de que cometa la conducta ilícita, dada la gravedad que la misma representaría para la sociedad en caso de que sucediera; esto para los funcionalistas significa una garantía de seguridad para los miembros del sistema social.

2. El concepto de “enemigo”

Me parece que para los funcionalistas el *enemigo* es aquel que no tiene la mínima expresión de sentido para garantizar sistémicamente el cumplimiento de las expectativas normativas que permiten a las personas convivir en sociedad, y en cambio, resulta peligroso para la estabilidad de la dinámica social. Jakobs indica lo siguiente:

Con el nombre de “enemigo” se designa a quien “no sólo de manera incidental en su actitud, en su forma de vida o mediante su incorporación en una organización se ha apartado en todo caso, probablemente de manera duradera y, en ese sentido, no garantiza la mínima seguridad cognitiva del comportamiento personal, demostrando este déficit mediante su conducta propia”.³⁰

29 Jakobs, Günter *et al.*, *op. cit.*, nota 24, pp. 30-31.

30 Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 4, pp. 91-92.

Siguiendo a Jakobs podemos indicar que el “enemigo” se aparta de la normatividad sistémica al grado de que su retorno de convivencia social es imposible; precisamente en ello radica su peligrosidad, pues es o se puede convertir en una comunicación que desestima todo elemento de seguridad social: “El enemigo del Derecho penal del enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un *inimicus*”.³¹

Bajo esa perspectiva, el ciudadano se distingue del enemigo, en la medida de que el primero cognitivamente garantiza la seguridad hacia los demás como personas cumpliendo la expectativa normativa; en cambio el segundo, se aleja completamente, y quizá de forma permanente, de ese cumplimiento poniendo en peligro la seguridad de los ciudadanos. Miguel Polaino-Orts, citando a Francisco Ferreira de Abreu, nos dice:

En ese sentido, el tránsito de individuo a enemigo es fácilmente comprensible: ser ciudadano (persona en Derecho) exige un caldo de cultivo de seguridad; cuando reina plena inseguridad (temor) no se puede ser ciudadano (completo), o –por mejor decir– los enemigos impiden que los ciudadanos sean personas en Derecho (sujetos que disfrutan sus derechos y ejercen sus obligaciones dentro de parámetros de normalidad). O en otras palabras: ciudadano es aquel que respeta la norma, se respeta a sí mismo y permite que los demás sean ciudadanos (personas en Derecho); en cambio, enemigo es quien, con su comportamiento, impide que los demás sean personas en Derecho al impedir que puedan orientarse por la norma jurídica, que de esa forma pierde su eficacia y su normal vigencia. Por ello, el derecho penal del enemigo se dirige al restablecimiento de unas condiciones sociales aceptables.³²

31 Jakobs, Günter *et al.*, *op. cit.*, nota 24, p. 29.

32 Jakobs, Günter, *op. cit.*, nota 4, p. 109.

Entonces, el “enemigo” es el que contraría a la norma jurídica; sin embargo, la violación a la expectativa normativa debe ser de una gravedad inconmensurable, de tal forma que la expresión comunicativa resultado de dicha violación cause un temor sin precedentes a los ciudadanos y desestabilice gravemente al sistema social. Bajo esa tesitura, el “enemigo” debe ser eliminado de la sociedad, pues es tan peligroso que su despersonalización social pudiera implicar violencia extrema para aquellos que sí cumplen las normas.

Lo que sucede es que una personalidad real, que dirija la orientación, no pueda alcanzarse mediante meros postulados, sino que, al contrario, quien deba ser persona debe “participar”, y significa que debe hacer su parte, esto es, garantizar suficiente fidelidad al ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la proposición debe ser completada: todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no presente esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos.³³

Ante la peligrosidad del enemigo, para los funcionalistas, desde la perspectiva normativa, se le debe aplicar un Derecho penal distinto al que se le aplica al ciudadano, es decir, un Derecho penal de excepción, de riesgo o de eliminación social.

Polaino-Orts describe al enemigo de la siguiente forma:

Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide *motu proprio* autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que –precisamente por poner en peligro

33 Jakobs, Günter *et al.*, *op. cit.*, nota 24, pp. 25-26.

los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de los ciudadanos (personas de derecho)– ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas –y en consecuencia– la garantía de seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma.³⁴

Podríamos considerar al “enemigo” como un “desviado social”, aquel sujeto que no tiene la capacidad de convivir socialmente, causando peligros graves a las demás personas, de tal forma que, dada la amenaza que representa, no es prudente su reinserción social.

3. Tratamiento jurídico-penal para el “enemigo”

Ante la extrema peligrosidad de un sujeto antisocial como el “enemigo” que describen los funcionalistas, el tratamiento jurídico penal que se aplica es de *excepción*, es decir, un Derecho penal que sea excluyente de aquel que se aplica a la ciudadanía, un Derecho penal para no personas: *El Derecho penal del enemigo*.

Una de las características básicas que Jakobs describe con respecto a la aplicación del Derecho penal del enemigo es el *adelantamiento de la punibilidad*, la imputación anticipada o la criminalización en prospectiva de aquel que representa un riesgo de peligrosidad social.

Desde el punto de vista práctico, el elemento que estará en primer plano es el aseguramiento frente al autor, bien mediante una custodia de seguridad identificada como tal, bien mediante una pena que garantice el aseguramiento, es decir, una pena privativa de libertad correspondientemente extensa. Esto último –junto con la pura intimida-

³⁴ Polaino-Orts, Miguel, *Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto*, Grijley, Perú, 2006, p. 102.

ción— es una de las razones de las elevadas penas que se prevén para la fundación de una asociación terrorista; estas penas no son susceptibles de ser explicadas en función de aquello que haya tenido lugar —se ha afectado a la seguridad pública, pero no se ha iniciado hasta el momento lesión alguna— sino sólo a través del peligro existente.³⁵

Es decir, para el Derecho penal del enemigo es menester *criminalizar al sujeto con penas considerablemente altas aunque la conducta no se haya materializado*, basta con que ésta sea susceptible de concretarse. Otras características de la aplicación jurídico-penal del Derecho penal del enemigo es *la reclusión de los “enemigos” en centros especiales de alejamiento, así como también mantenerlos incomunicados* y, una de las más importantes, *la inobservancia de sus derechos fundamentales*.

Las diversas modalidades de las —genéricamente denominadas— medidas o penas de alejamiento consisten en aislar o encapsular físicamente el foco de peligro, y admiten clasificarse en dos grupos: *a) alejamiento personal* (integrado por la prohibición de comunicación con la víctima, familiares u otras personas) y *b) alejamiento espacial* (en el que cabe incluir las prohibiciones de residir o acudir a determinados lugares, así como la prohibición de acercamiento a las víctimas u otras personas). Ambas modalidades tienen por objeto *asegurar*, de manera inmediata y efectiva, *un espacio de libertad* para las víctimas, para la separación fáctica entre ellas y el autor; y así mismo, de manera mediata, *asegurar una convivencia segura* en la Sociedad en su conjunto.

Se trata como salta a la vista, de medidas contundentes que suponen una restricción física y legal de derechos fundamentales: en tanto fruto del poder coactivo estatal, estas medidas limitan algunos de los ámbitos más importantes de la personalidad del sujeto como lo son la libertad de movimientos o la libertad de determinación en plurales facetas de su personalidad (por ejemplo, elección del lugar del domicilio o de trabajo, libertad de relaciones con los demás, libertad

35 Jakobs, Günter *et al.*, *op. cit.*, nota 24, pp. 34.

de expresión, etc.). La restricción de derechos fundamentales es tal que se llega al extremo de prohibir al acusado que se acerque a “cualquier lugar” que sea “frecuentado” por la víctima o familiares, poniéndose de manifiesto la dimensión fáctica de la peligrosidad, de que habla Silva Sánchez. La función que cumple la restricción física de derechos es el aseguramiento (y, con ello, la posibilidad) de la estructura normativa de la sociedad.³⁶

Salta a la vista que los funcionalistas pretenden la protección social a través de la exclusión de los que ellos consideran los peligrosos sociales, es decir, los “enemigos”, a través de la aplicación de normas jurídicas con características de excepción, es decir, sólo aplicables a ellos.

De hecho, *la presunción de inocencia y los derechos humanos son elementos que no existen dentro de la información comunicativa para el “enemigo”,* puesto que las medidas de exclusión vistas con antelación se aplican antes de ser probada su responsabilidad penal; además estos elementos jurídicos sólo pueden ser observados para las personas que cumplen las expectativas normativas.

En las medidas de combate del maltratador familiar, o –en general– de los delincuentes peligrosos, muchas veces se hace primar la necesidad de aseguramiento cognitivo sobre la propia presunción de inocencia del sujeto contra el que se dirigen, en tanto que se imponen contra el maltratador penal convicto o incluso meramente presunto, porque en los supuestos de órdenes o medidas cautelares de alejamiento el sujeto no ha sido sometido a juicio, y –por tanto– las mismas se imponen cuando no ha quedado probada aún su responsabilidad.³⁷

Jakobs nos dice que al “enemigo” no se le pueden aplicar ni observar determinadas garantías, ni aún con base en los derechos humanos actuales, pues éste con sus acciones muestra odio hacia las personas:

36 Polaino-Orts, Miguel, *op. cit.*, nota 1, pp. 342-344.

37 *Ibidem*, p. 344.

Aunque se deje fuera de consideración el carácter absoluto del mandato de la razón –pues lo cierto es que la historia ha necesitado milenios para desarrollar los llamados Derechos Humanos–, subsiste una afirmación potente: todos deben ser tratados, al menos en la época actual, como personas de derecho. Hace poco tiempo, en el marco de una discusión pública, formulé la opinión de que esta proposición es, con mucho, demasiado abstracta, pues también resulta decisivo –entre otros factores– el comportamiento del sujeto; frente a ello, un colega formuló indignado la objeción de que ello no es así, y que incluso Hitler, si aún hubiera que ocuparse de él, habría de ser tratado como persona en Derecho. Probablemente, aquel colega ni siquiera se dio cuenta de que su objeción sigue siendo abstracta: ¿cuál es esa situación en la que hay que ocuparse del dictador que desprecia lo humano? ¿Después del restablecimiento de una situación conforme a derecho, en cuanto prisionero sin posibilidades actuales de influencia? Bien, entonces nos podremos permitir la juricidad y llevar a cabo un proceso que sea reconocido por todos como equitativo. ¿O se trata del Hitler hasta 1945? En tal caso no creo que nadie ponga en duda la legitimidad del homicidio de aquel tirano mediante un atentado, y matar a un tirano de ese modo nada tiene que ver con tratarlo como persona en Derecho; se lo elimina en cuanto a enemigo.³⁸

Lo que Jakobs está indicando es que cuando un sujeto no cumple la expectativa normativa dada por la sociedad, este no es en absoluto digno de aplicársele las garantías jurídicas contenidas en un ordenamiento legal.

Finalmente, quiero hacer alusión a un concepto mediante el cual los funcionalistas argumentan la legitimidad científica del Derecho penal del enemigo: “El deber de solidaridad mínima”. El profesor Polaino Navarrete nos indica al respecto:

38 Jakobs, Günter *et al.*, *op. cit.*, nota 24, pp. 10-11.

Naturaleza del deber (deber de solidaridad mínima): el deber jurídico que se infringe en la omisión pura o propia es un deber de solidaridad mínima, esto es, un deber positivo que conmina a toda persona a realizar una conducta positiva de auxilio, salvamento o colaboración en una situación de necesidad o desgracia. El deber de solidaridad se diferencia –en tanto deber positivo– del deber negativo, cuyo contenido consiste en no dañar a los demás. En la solidaridad mínima no basta con no causar daño, sino que se exige hacer alguna conducta expresa de salvamento o de colaboración en beneficio de un tercero o de la colectividad. Con ello el deber de solidaridad persigue la maximización de los bienes, mientras que el deber negativo se encamina a garantizar el máximo de libertad, o lo que es lo mismo, el deber negativo (¡no lesiones a nadie!) preserva la autonomía de la persona, mientras que el deber de solidaridad obliga a la realización de una prestación positiva en favor de terceros o de la comunidad.³⁹

Es decir, que los funcionalistas consideran que los sujetos sociales, para ser incluidos en la sociedad como personas, deben cumplir con los requerimientos mínimos normativos traducidos en el concepto del deber de solidaridad mínima del que nos habla el profesor Polaino Navarrete, pues en caso contrario, no calificarían para formar parte del sistema, sino al contrario, el paliativo de “enemigo” los etiqueta de tal forma que estarían condenados a su autoexclusión.

III. EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL COMO ELEMENTO BÁSICO DE LA HEGEMONÍA DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS EN EL SISTEMA-MUNDO CAPITALISTA NEOLIBERAL

Considero que el desarrollo del Derecho penal del enemigo desde la perspectiva funcional tiene excelentes intenciones, pues busca en todo momento garantizar el bienestar común de la sociedad y la seguridad para todos los sujetos sociales; sin embargo, creo que todo tipo de derecho debe

39 Polaino Navarrete, Miguel, *op. cit.*, nota 8, pp. 64-65.

ser analizado desde una perspectiva compleja⁴⁰ y sistémica,⁴¹ de tal suerte que el análisis del Derecho penal no está limitado únicamente a él mismo, sino que también es importante observar otros elementos que por supuesto contribuyen en su creación y aplicación, tales como la economía y la política. Sin dejar de un lado que el derecho es cibernético⁴² de acuerdo a la información que hace posible la dinámica de la complejidad social.

Michel Foucault también nos indica que el Derecho debe analizarse desde una perspectiva compleja:

El derecho no es ni la verdad, ni la justificación del poder. Es un instrumento a la vez parcial y complejo. La forma de la ley y los efectos de prohibición que ella conlleva deben ser situados entre otros muchos mecanismos no jurídicos. Así el sistema penal no debe ser analizado pura y simplemente como un aparato de prohibición y de represión de una clase sobre otra, ni tampoco como una justificación que encubre las violencias sin ley de la clase dominante; permite una gestión política y económica a través de la diferencia entre legalidad e ilegalismo.⁴³

40 ¿Qué es la complejidad? A primera vista la complejidad es un tejido (*complexus*: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple. Al mirar con más atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Morín, Édgar, *Introducción al pensamiento complejo*, España, Gedisa, 2007, p. 32.

41 El sistemismo tiene, en principio, los mismos aspectos fecundos que la cibernética (ésta, refiriéndose al concepto de máquina, conserva en su abstracción algo de su origen concreto y empírico). La virtud sistémica es: a) Haber puesto en el centro de la teoría, con la noción de sistema, no una unidad elemental discreta, sino una unidad compleja, un “todo” que no se reduce a la “suma” de sus partes constitutivas; b) Haber concebido la noción de sistema, no como una noción real, ni como una noción puramente formal, sino como una noción ambigua o fantasma; c) Situarse en un nivel transdisciplinario que permite concebir, al mismo tiempo, tanto la unidad como la diferenciación de las ciencias, no solamente según la naturaleza material de su objeto, sino también según los tipos y las complejidades de los fenómenos de asociación/organización. En este último sentido, el campo de la teoría de sistemas es, no solamente más amplio que el de la cibernética, sino de una amplitud que se extiende a todo lo cognoscible. *Ibidem*, p. 42.

42 “Esta palabra deriva del término griego *kibernetes* (‘timonel’) y Wiener definió la cibernética como la ciencia del control y comunicación en el animal y en la máquina”. En este sentido el derecho penal seguirá las pautas de la dinámica sistémica para su aplicación, no puede alejarse de ellas (adenda en subrayado de la autora). Capra, Fritjof, *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, 4a. ed., España, Anagrama, 1998, p. 70.

43 Foucault, Michel, *Microfísica del poder*, 2a. ed., España, Edissa, 1979, p. 170.

Lo que nos dice Foucault es que puede ser pertinente analizar al Derecho penal desde sus causas y hasta la finalidad de su aplicación; es poco conveniente estudiarlo como un sistema cerrado, sin observar el entorno que lo produce y los efectos que el ejercicio del poder causa sobre éste.

En tal sentido, nos ocuparemos del análisis de este Derecho penal del enemigo desde la epistemología neomarxista y sistémica de Immanuel Wallerstein: el análisis del sistema-mundo moderno, con el fin de vislumbrar cómo han sido utilizadas las categorías epistemológicas y el discurso del Derecho penal del enemigo en el sistema-mundo capitalista-neoliberal,⁴⁴ y en el cual el fin último lo constituye la acumulación incesante de capital.

Para Wallerstein, el sistema-mundo moderno es:

El mundo en el que vivimos, el sistema mundo moderno, tuvo sus orígenes en el siglo XVI. Este sistema-mundo estaba entonces localizado en sólo una parte del globo, principalmente en partes de Europa y América. Con el tiempo, se expandió hasta abarcar todo el mundo. Es y ha sido siempre una *economía-mundo*. Es y ha sido siempre una *economía-mundo capitalista*. Deberíamos comenzar por explicar lo que estos dos términos, *economía-mundo* y *capitalismo*, denotan. Será más sencillo entonces apreciar los contornos históricos del sistema-mundo moderno, sus orígenes, su geografía, su desarrollo temporal y su crisis estructural contemporánea.

Lo que queremos significar con *economía-mundo* (la *économie-monde* de Braudel) es una gran zona geográfica dentro de la cual existe una división del trabajo y por lo tanto un intercambio significativo de bienes básicos o esenciales así como un flujo de capital y trabajo. Una característica definitoria de una *economía-mundo* es que no está limitada por una estructura política unitaria. Por el contrario,

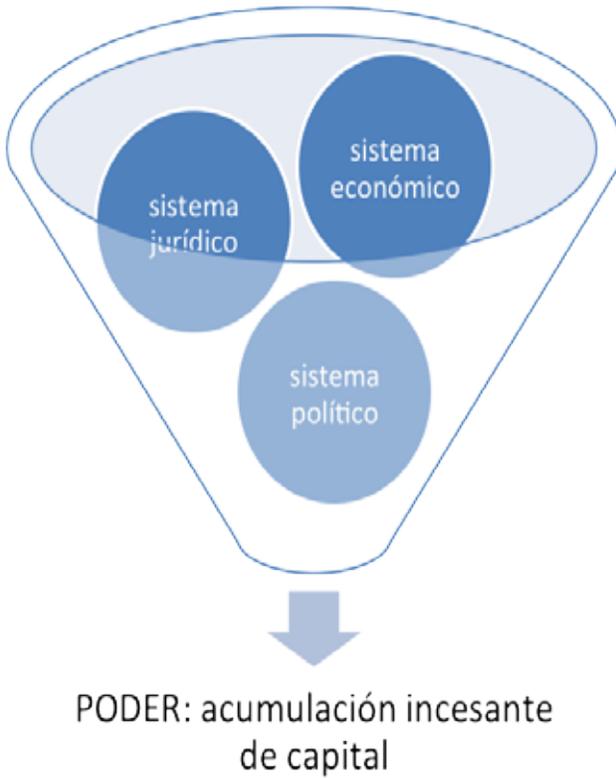
44 Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl, *La criminalización-control del enemigo en el México neoliberal: La ley antilavado*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2014, p. X, nota al pie de página.

hay muchas unidades políticas dentro de una economía-mundo, tenuemente vinculadas entre sí en nuestro sistema-mundo moderno dentro de un sistema interestatal. Y una economía mundo comprende muchas culturas y grupos (que practican múltiples religiones, hablan múltiples idiomas y son diferentes en sus comportamientos cotidianos). Esto no significa que no hayan desarrollado algunos patrones culturales comunes, lo que llamaremos una geocultura. Significa que ni la homogeneidad política ni la cultural debe ser esperable o encontrada en una economía mundo. Lo que unifica con más fuerza la estructura es la división del trabajo constituida dentro de ésta.

Nos encontramos en un sistema capitalista, *sólo cuando el sistema da prioridad a la acumulación incesante de capital*. Frente al uso de tal definición, sólo el sistema-mundo moderno ha sido un sistema capitalista. La acumulación incesante es un concepto relativamente simple: significa que las personas y las compañías acumulan capital a fin de acumular más capital, un proceso continuo e incesante. Si decimos que un sistema “da prioridad” a tal acumulación incesante, significa que existen mecanismos estructurales mediante los cuales quienes actúan con alguna otra motivación son, de alguna manera, castigados, y son eliminados eventualmente de la escena social, mientras que quienes actúan con la motivación apropiada son recompensados y, de tener éxito, enriquecidos.⁴⁵

Lo que Immanuel Wallerstein nos está diciendo es que todas las comunicaciones existentes en un sistema social van dirigidas a la acumulación incesante de capital; sin embargo, la competencia económica es una estructura sistémica y me parece que el Derecho la tiene que proteger, toda vez que la misma también se dirige a la acumulación incesante de capital. Entonces los constructos ideológicos jurídicos protegen la dinámica capitalista del sistema. Lo anterior lo podemos observar en la siguiente lámina:

45 Wallerstein, Immanuel, *op. cit.*, nota 2, pp. 40-41.



Por ello, me parece que el Derecho penal del enemigo propuesto por los funcionalistas, puede lograr los fines sociales que consideran en estados fuertes, es decir, en aquellas naciones en donde el Estado aún sea el rector de la economía y los sujetos sociales sean imprescindibles para su función. Sin embargo, considero que la dinámica económica del sistema ya no funciona de esa manera, actualmente muchas sociedades del mundo nos encontramos en el auge del neoliberalismo y otras están revirando del Estado de bienestar social hacia él: creo que la Unión Europea está pasando por esa transición.

García Amador es muy gráfico en las aseveraciones que hace con respecto al neoliberalismo y los Estados Nación:

En un mundo sometido a la dictadura de los mercados, donde el verdadero poder efectivo no reside en el pueblo, ni siquiera en las naciones, sino en corporaciones privadas globales, ¿qué soberanía, qué autoridad le queda a los Estados? Los políticos ya no gobiernan, sólo administran, son meros gestores al servicio de las grandes corporaciones, que por otra parte, son quienes financian sus campañas electorales. Las “democracias” han dejado de serlo. Mientras los Estados adelgazan, las corporaciones engordan. La facturación de algunas corporaciones es infinitamente superior a los presupuestos anuales de muchos gobiernos medianos y grandes, incluso supera el Producto Interior Bruto de muchos países. Por volumen de negocios (ingresos *versus* IPC), *Nestlé* es más grande que Nigeria, *Unilever* es más grande que Pakistán, *Volkswagen* es más grande que Nueva Zelanda, *BP* es más grande que Venezuela, *IBM* es más grande que Egipto, *General Electric* es más grande que Filipinas, *Ford* es más grande que Portugal, *Exxon* es más grande que Grecia, *Shell* es más grande que Arabia Saudí, *General Motors* es más grande que Dinamarca.

Vacías de contenido, de competencia efectivas, las Naciones Estado son cáscaras huecas, cadáveres, un emergente poder privado global ha decretado su caducidad y tenderán progresivamente a desaparecer.⁴⁶

Siguiendo a este autor, podemos indicar que las pautas sistémicas del Derecho penal no son las mismas en una dinámica en donde lo más importante es el capital y no así el individuo. Entonces las expectativas normativas cambian, ahora ya no es el bienestar común lo más importante, sino la protección del capital mismo a costa de lo que sea, y por ende, el Derecho penal del enemigo direccionará su aplicación a la salvaguarda, el equilibrio y la autorreproducción de ese capital.

Bajo esa lógica, el sistema del derecho se direcciona hacia los fines sistémicos, y es ahí en donde el Derecho penal del enemigo se aplica de diversa forma en sociedades con el modo de producción neoliberal

46 Martos García, Amador, *Neoliberalismo asesino: El control mental hacia un nuevo orden mundial*, España, Bubok Publishing, S.L., 2012, p. 73.

y en las cuales los sujetos son importantes en la medida en que ayudan a la acumulación de capital, que en sociedades cuya importancia de equilibrio sistémico radica en los sujetos sociales por el simple hecho de ser individuos.

De esta forma, el Derecho penal del enemigo está direccionado a eliminar a todos aquellos sujetos que no cumplan con la expectativa normativa creada por el sistema-mundo capitalista-neoliberal, cuyos principales ejes son: La privatización, el recorte al gasto público y la no intervención económica del Estado.

Estos tres elementos son fundamentales para la dinámica del neoliberalismo, pues a través de la inversión privada en áreas económicas estratégicas, las ganancias se dirigen hacia los particulares y ya no hacia el primero; lo que trae como consecuencia que el Estado sea incapaz de cumplir económicamente con los compromisos y necesidades sociales; por lo tanto, el recorte al gasto público se traduce en el encarecimiento de los servicios privados que antes eran públicos y, por supuesto, en el empobrecimiento de aquellos que los tienen que pagar, pero en el enriquecimiento de los privatizadores.

La dinámica social responde a diversos elementos estructurales, los cuales se concatenan entre sí para que el sistema se autorreproduzca. Sin embargo, consideramos que uno de los elementos más importantes que nos pueden ayudar a explicarlo es la “globalización”, concepto que ha servido como estandarte para que la mayoría de los países del mundo sigan una política económica.

Amador Martos García menciona: “La globalización económica ha sido, está siendo, catastrófica para la mayoría de las economías nacionales y para la biodiversidad, y nos conduce irremediamente al colapso social, económico y ecológico generalizado”.⁴⁷

⁴⁷ *Ibidem*, p. 74.

Por su parte, Lipovetsky nos indica que el mundo en el que vivimos está unificado; sin embargo, esa unificación responde a ciertos elementos de globalización:

La época en que vivimos está caracterizada por una poderosa e irresistible tendencia y unificación del mundo. En Francia se denomina *mundialización* y en otras partes *globalización*. Esta dinámica coincide con la conjunción de fenómenos económicos (liberalización de mercados de un capitalismo planetario), innovaciones tecnológicas (nuevas tecnologías de la información y la comunicación) y cambios radicales de la situación geopolítica (hundimiento del imperio soviético). Aunque esta unificación del mundo no es un fenómeno en absoluto reciente (estamos en una segunda globalización) ni una realidad completa, no es menos cierto que representa un cambio general y profundo tanto en la organización como en la percepción de nuestro mundo.⁴⁸

Lo anterior implica que el sistema jurídico invariablemente sigue ciertas pautas estructurales sistémicas, y en el mundo en el que nos encontramos, éstas son globalizadas; es decir, no nos encontramos en sociedades diversas, sino en una compleja y las normas jurídicas la regulan en su conjunto.

Ello no implica que la funcionalidad sistémica de las normas jurídicas vaya encaminada al bienestar social tomando como punto de partida al individuo, pues de acuerdo a su última finalidad tiene como eje rector la cultura del mercado, y esto indica que la protección jurídica del sujeto existirá en la medida en que éste contribuye a la hegemonía económica global. Lipovetsky es muy claro en este sentido:

La cultura-mundo designa el momento en que el capitalismo se ha extendido por todo el mundo, en que el mercado se ha planetarizado, en que todas las

⁴⁸ Lipovetsky, Gilles, *El occidente globalizado. Un debate en la cultura planetaria*, España, Anagrama, 2011, p. 13.

naciones han tomado el camino de las privatizaciones y las desreglamentaciones económico-financieras. El capitalismo, que «apareció en la civilización occidental y únicamente en ella» (Max Webber) se ha universalizado. En todas partes reina ya el sistema del capitalismo globalizado y financierizado. Un hipercapitalismo desbocado cuyo precio estamos pagando cruelmente. Como es lógico, la crisis mundial que atravesamos y que ha vuelto a dar al Estado un papel económico de primer orden comportará nuevas medidas reguladoras, hasta el extremo de que algunos han anunciado una inevitable ruptura con el paradigma del «turbocapitalismo» desmesurado y caótico.⁴⁹

Entonces, el Derecho penal del enemigo, siguiendo las expectativas normativas sistémicas con base en la lógica del libre mercado, criminalizará y eliminará a todos aquellos que sean peligrosos o cuyas conductas determinen indiciariamente que pueden desestabilizar al sistema económico. Sin embargo, Wallerstein argumenta porqué el mercado no es tan libre como el discurso lo indica:

Una de las razones por las que un mercado totalmente libre no es una realidad cotidiana, si es que alguna vez fuera a existir, es que volvería imposible la acumulación incesante de capital. Esto puede parecer una paradoja, porque es cierto que el capitalismo no puede funcionar sin mercados, y también es cierto que los capitalistas dicen con regularidad que están a favor del libre mercado. Pero los capitalistas, necesitan de hecho, mercados no completamente libres, sino mercados parcialmente libres. La razón es obvia. Supongamos que existiera un mercado mundial en el que todos los factores de producción fueran completamente libres, como nuestros libros de texto los definen habitualmente; esto es, uno en donde los factores fluyeran sin restricciones, en donde hubiera un mayor número de compradores y un enorme número de vendedores, y en el cual existiera una perfecta información (esto es, que todos los vendedores y todos los compradores

49 *Ibidem*, pp. 22-23.

supieran el estado exacto de todos los costos de producción). En un mercado de tal perfección sería siempre posible para los compradores regatear con los vendedores hasta un nivel de ganancia absolutamente minúsculo (digamos de un solo centavo), y este bajo nivel de ganancia haría del juego capitalista algo sin el más mínimo interés para los productores, removiendo el sustrato social básico de tal sistema.⁵⁰

Entonces el ejercicio del poder en la dinámica económica sistémica no corresponde a todos, es decir, sólo algunos tendrán la información necesaria y los medios ideológicos para explotarla y hacer frente a cualquier competencia económica; por lo tanto, desde la perspectiva compleja, el sistema jurídico debe proteger dichos intereses. En este sentido, Wallerstein habla de la fórmula del monopolio: “Lo que los vendedores prefieren siempre es un monopolio, porque entonces pueden crear un amplio margen relativo entre los costos de producción y los precios de venta, y por lo tanto obtener grandes porcentajes de ganancia”.⁵¹

Lo anterior no es sencillo como se apunta, pues el monopolio del mercado trae como consecuencia el aglutinamiento del capital en unos cuantos, y por ende, el ejercicio del poder desde la perspectiva económica. Me parece que ésta es la causa del debilitamiento del Estado y de las privatizaciones constantes; así como de la problemática social que se ha venido desarrollando sobre todo en los países de tercer mundo. Beck nos dice al respecto:

La globalización implica el debilitamiento de las estructuras estatales, de la autonomía y del poder del Estado. Esto tiene un resultado paradójico. Por un lado son precisamente los colapsos del Estado lo que han producido la mayoría de los conflictos humanos realmente graves ocurridos en los años noventa sea en Somalia, África Oriental, Yugoslavia, Albania o la Antigua Unión Soviética; por otro lado,

50 Wallerstein, Immanuel, *op. cit.*, nota 2, p. 43.

51 *Idem.*

la idea de una “responsabilidad global” implica como mínimo la posibilidad de un nuevo humanismo militar occidental: imponer los derechos humanos en todo el mundo.⁵²

Inclusive, el neoliberalismo es tan depredador, que ideológicamente conmina a los sujetos sociales a desear una vida que para muchos no es posible o fácil de alcanzar, pues el consumismo se ha convertido en una forma de existencia e inclusión social.

La civilización del bienestar consumista ha sido la gran enterradora histórica de la ideología gloriosa del deber. En el curso de la segunda mitad del siglo, la lógica del consumo de masas ha disuelto el universo de las homilías moralizadoras, ha erradicado los imperativos rigoristas y engendrado una cultura en la que la felicidad predomina sobre el mandato moral, los placeres sobre la prohibición, la seducción sobre la obligación. A través de la publicidad, del crédito, la inflación de los objetos y los ocios, el capitalismo de las necesidades ha renunciado a la santificación de los ideales en beneficio de los placeres renovados y de los sueños de la felicidad privada.⁵³

También Bauman es muy sugerente al respecto:

En tanto compradores, hemos sido arrastrados por gerentes de *marketing* y guionistas publicitarios a realizar el papel de sujetos, una ficción vivida como si fuera verdad. Una actuación interpretada “como vida real”, pero en la cual el paso del tiempo desplaza a la vida real hasta hacerla desaparecer sin la menor posibilidad de reaparición. Y así, a medida que esas necesidades de la vida que alguna vez sólo se obtenían con esfuerzo y sin el lujo de la intermediación de las redes comerciales se fueron convirtiendo en productos (la privatización del suministro de agua, por ejemplo, que conduce sin desvíos a la góndola del

52 Beck, Ulrich, *op. cit.*, nota 26, p. 21.

53 Lipovetsky, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, 3a. ed., España, Anagrama, 2011, p. 50.

agua envasada en el súper mercado), también los cimientos del “fetichismo de la subjetividad” se fueron ensanchando y asentando. Se podría completar la versión popular revisada del *cogito* cartesiano, “Compro, luego existo...”, “Como sujeto”, podríamos y deberíamos agregar. Y a medida que el tiempo que se pasa comprando en los comercios crece (en persona o mentalmente, de cuerpo real o virtual), las oportunidades de que aumente aún más se multiplican.⁵⁴

Inclusive la construcción del sujeto a través del ejercicio del poder se da desde una perspectiva consumista, es así como también la moda es de vital importancia, dice Lipovetsky, para que el sujeto sea incluido socialmente a través del consumo:

La moda es un sistema original de regulación y de presión sociales. Sus cambios presentan un carácter apremiante, se acompaña del «deber» de adopción y de asimilación, se impone más o menos obligatoriamente a un medio social determinado; tal es el «despotismo» de la moda tan frecuentemente denunciado a través de los siglos.⁵⁵

En un mundo económicamente globalizado de corte neoliberal, en el cual las oportunidades adquisitivas son mínimas y además obliga a los sujetos a un consumismo desmedido como parte de la inclusión social, el bienestar colectivo puede distar mucho de lo mencionado por los funcionalistas. En cambio, el estado debilitado no es capaz de hacer frente económicamente al discurso prometido por los derechos humanos, ni a las necesidades básicas de alimentación, por ello, los individuos son obligados a cumplir un *status* de supervivencia infrahumana, o también, a desarrollarse en grupos alternos que son susceptibles de peligrosidad para aquellos que sí cumplen el rol encomendado por el neoliberalismo.

54 Bauman, Zygmunt, *Vida de consumo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 32.

55 Lipovetsky, Gilles, *El imperio de lo efímero. La moda y su destino en las sociedades modernas*, 4a. ed., España, Anagrama, 2010, p. 42.

Por tal motivo, los sujetos sociales son capaces de realizar conductas delictivas para sentirse incluidos en la dinámica sistémica, y al no haber oportunidades de crecimiento y empleos formales, la delincuencia e informalidad crece dentro de la sociedad. La problemática, consecuencia de esto, es que la acumulación incesante de capital producto de actividades delictivas, puede ser sumamente rentable, rebasar el capital lícito y empoderarse como ejercicio del poder en forma de corrupción e impunidad.

Es así como el Derecho penal del enemigo y los derechos humanos son dos de los ejes rectores del éxito del libre mercado. Sin embargo, el costo social es sumamente alto, pues las normas jurídicas se convierten en protectoras de la privatización del capital.

El Derecho penal del enemigo en países donde el Estado está debilitado económicamente por las constantes privatizaciones y los recortes al gasto público puede convertirse en un Derecho penal represor y de eliminación, al servicio de quienes monopolizan la acumulación incesante de capital, así como los medios de producción. Bajo esa lógica, la expectativa normativa de bienestar social que indican los funcionalistas, se convierte en expectativa de corrupción e impunidad, y es en ese sentido que los criminalizados serán aquellos que luchan en contra de estas dos últimas.

IV. CONCLUSIÓN

El Derecho penal del enemigo desde la perspectiva funcionalista puede ser aplicado como garantismo penal en sociedades en las que el Estado tenga como función principal regir la economía y proteger a los sujetos sociales como elementos fundamentales para el desarrollo del modo de producción, porque las expectativas normativas estarán direccionadas a la protección de este último, pues es el elemento fundamental para la acumulación incesante de capital.

No obstante, en sociedades económicamente globalizadas de corte neoliberal (privatización, recorte al gasto público y desestatización) en las que el Estado es debilitado económicamente por las constantes privatizaciones, el Derecho penal del enemigo se convierte en el instrumento ideal para mantener la competencia económica criminalizando en prospectiva a todos aquellos que realicen, o sean susceptibles de realizar, conductas que afecten la dinámica neoliberal de la acumulación incesante de capital; en este sentido, las expectativas normativas se constriñen a la corrupción e impunidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BAUMAN, Zygmunt, *Vida de consumo*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002.
- CAPRA, Fritjof, *La trama de la vida. Una nueva perspectiva de los sistemas vivos*, 4a. ed., España, Anagrama, 1998.
- MARTOS GARCÍA, Amador, *Neoliberalismo asesino: El control mental hacia un nuevo orden mundial*, España, Bubok Publishing, S.L., 2012.
- MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel Claudia, *El derecho penal del enemigo*, México, Porrúa, 2009.
- MIRÓ LLINARES, Fernando y Miguel POLAINO-ORTS, *Imputación y valoración en derecho penal. Un debate moderno entre los conceptos funcionalista y kantiano de imputación*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- MORÍN, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, España, Gedisa, 2007.
- JAKOBS, Günter et al., *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2008.

- , *El lado comunicativo y el lado silencioso del derecho penal. Expectativas normativas, intervención delictiva, derecho penal del enemigo*, Sevilla, Edición de Miguel Polaino-Orts, 2014.
- LIPOVETSKY, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, 3a. ed., España, Anagrama, 2011.
- , *El imperio de lo efímero. La moda y su destino en las sociedades modernas*, 4a. ed., España, Anagrama, 2010.
- , *El occidente globalizado. Un debate en la cultura planetaria*, España, Anagrama, 2011.
- PADILLA SANABRIA, Lizbeth Xóchitl, *La criminalización-control del enemigo en el México neoliberal: La ley antilavado*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2015.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, España, Tecnos, 2013.
- POLAINO-ORTS, Miguel y José Antonio CARO JHON, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009.
- , *El derecho penal del enemigo, ante el estado de derecho*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- , *Derecho penal del enemigo: desmitificación de un concepto*, Grijley, Perú, 2006.
- , *Funcionalismo penal y autodeterminación personal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2013.
- WALLERSTEIN, Immanuel, *Análisis de sistema-mundo. Una introducción*, México, Siglo XXI, 2010.

EL PROTOCOLO DE LA SUPREMA CORTE EN EL DIÁLOGO CON NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. ENTRE LA CONTRARIEDAD Y LA REVICTIMIZACIÓN

*Lázaro Tenorio Godínez**

El respeto a los derechos humanos implica evitar la revictimización, cuando la reposición del procedimiento por violación procesal, atentaría contra el propio interés superior de la infancia.

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Contenido del Protocolo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Entre la seguridad y la certeza jurídicas. III. Criterios contradictorios de la autoridad federal, sin resolver. IV. Cuestionamientos adicionales sobre la aplicabilidad del Protocolo. V. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En esta etapa de transición hacia la observancia, aplicación y difusión de los derechos humanos en el Estado mexicano, que con mayor fuerza se ha venido fortaleciendo a raíz de las reformas constitucio-

* Doctor en derecho por la UNAM, magistrado en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, juez de la Red Internacional de la Haya, profesor de Derecho procesal civil y familiar por oposición en la UNAM, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, presidente del Colegio Nacional de Investigaciones Jurídicas, A. C., director de la Revista Foro Jurídico.

nales del 10 de junio del 2011, resulta de suma trascendencia emitir algunas reflexiones en torno a uno de los temas de mayor impacto social, directamente relacionado con las familias mexicanas, que es el relativo a la aplicación del Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afectan a niñas, niños y adolescentes, publicado en su segunda edición, en el mes de marzo del 2012, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concretamente por cuanto se refiere al diálogo personal que sostienen los juzgadores, con las y los infantes y adolescentes, durante los juicios sometidos a su consideración, sin pasar por alto que los mismos razonamientos son útiles para analizar otro tipo de pruebas como la pericial en psicología, donde se exigen tecnicismos, que definitivamente, en la mayoría de los casos no se están cumpliendo, y las reposiciones no se han hecho esperar, muchas veces en perjuicio de la infancia, y contrariando los principios que animan la nueva tendencia hacia una auténtica tutela judicial.

En efecto, por una parte la autoridad federal, en sendas tesis aisladas, ha venido sosteniendo la observancia obligatoria del citado Protocolo, con el ánimo de proteger los derechos humanos de la infancia y adolescencia, a través de diversas exigencias formales, que en su opinión, deben ser satisfechas, antes, durante y después de sostener un diálogo con dicho sector, considerado socialmente vulnerable. Sin embargo, resulta que los ordenamientos jurídicos secundarios son omisos en contemplar dichos requisitos y en gran parte de los estados de la República mexicana, no suelen contar con el conocimiento, la infraestructura, la tecnología suficiente y la respectiva información y diligencia en el manejo de los instrumentos para hacerlo correctamente, lo cual implica el riesgo de incurrir en alguna violación procesal que pudiera generar, a juicio de la autoridad, ya sea local, en segunda instancia, o federal en el juicio de amparo, entre otras consecuencias,

la reposición del procedimiento, como en realidad está aconteciendo en la práctica forense cotidiana.

Por otra parte, la autoridad federal también ha sostenido en tesis aisladas, el criterio de que el citado Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en los casos de referencia, no puede ser el fundamento legal, ni vinculante de una sentencia de amparo, pues de manera alguna tiene el alcance de ser una norma que pueda ser materia de interpretación por el órgano federal, en virtud de que el Protocolo sólo constituye una guía de prácticas orientadas a garantizar el acceso a la justicia, fundadas en el respeto a los derechos humanos de la infancia, es decir, su función se limita a enlistar y explicar las normas que podrían llegar a ser aplicables en un proceso jurisdiccional.

La realidad jurídica, de acuerdo a la experiencia práctica, es que el Protocolo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, está siendo aplicado a ultranza tanto por las autoridades federales como locales, con el objeto de reponer los procedimientos, cuando no se llevó a cabo el diálogo respectivo con las formalidades que el mismo contempla. Dicha actitud nos permite formular las siguientes interrogantes: ¿El Protocolo de la Suprema Corte sobre al diálogo con la infancia y la adolescencia está siendo bien aplicado por los juzgadores federales y locales? ¿Se presume *per se*, que por el simple hecho de no haberse cumplido con dichas formalidades, se está causando un perjuicio a los menores de edad, incluso cuando ninguna de las partes lo está haciendo valer? ¿La reposición procesal en sí, no podría causar un perjuicio a los destinatarios, ante el hecho de tener que declarar nuevamente en cortos espacios de tiempo, contrariando el propio Protocolo de la Corte? ¿Cualquier violación procesal amerita la reposición del procedimiento o es necesario que trascienda a las defensas de los quejosos? ¿Trasciende cuando el diálogo contiene la esencia de los hechos que habrán de ser materia de resolución, sin que se advierta riesgo por

presión, temor u otra eventualidad que dañe o ponga en tela de duda la fluidez y contenido del mismo? ¿Muchas disposiciones del Protocolo que provienen de manuales y directrices en materia penal, para víctimas y testigos de delitos, también deben ser aplicables en asuntos de naturaleza civil y familiar?

Estas y más interrogantes podríamos formular sobre la temática; sin embargo, en este opúsculo sólo haremos referencia a lo más elemental, esperando que el contenido sea beneficio para generar mayor reflexión, especialmente entre los juzgadores, y logremos más asertividad en nuestras resoluciones, con el objeto de cumplir cabalmente con lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su artículo 25, exige la observancia de instancias y recursos sencillos, rápidos y efectivos.

La idea central, de acuerdo a la temática que abordaremos, es evitar la revictimización, por violaciones que en realidad no trascienden a las defensas de los recurrentes y quejosos, anteponiendo siempre el interés superior de la infancia; postura personal que finalmente habrá de ser materia de reflexión y decisión, una vez más, por parte de la máxima autoridad judicial de país, al resolver la posible contradicción de tesis sobre la observancia del protocolo referido.

II. CONTENIDO DEL PROTOCOLO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. ENTRE LA SEGURIDAD Y LA CERTEZA JURÍDICA

Resulta preocupante, que hoy en día, un alto número de amparos sean concedidos, incluso en ejercicio de la suplencia de la queja, debido a la falta de diálogo de los juzgadores locales con las y los menores de edad, o bien, cuando este se llevó a cabo en forma contraria a los requisitos previstos por el Protocolo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo que al parecer podría traducirse en la

aplicación rigurosa y excesiva del derecho, que a ningún fin práctico satisfactorio conduce, sobre todo si del diálogo respectivo se advierte que la comunicación fue libre y espontánea, y se le brindó la protección psicoemocional en las sesiones donde éste fue oído por el juez en privado sin la presencia de los progenitores, o bien, cuando no se vislumbran elementos que puedan cuestionar dichos argumentos de convicción, como sería, por ejemplo, de una transcripción literal, el hecho de formular preguntas indicativas, tendenciosas o hirientes para las y los infantes, o bien, esgrimir argumentos amenazantes para obtener una verdad inducida, verbigracia: “si no dices la verdad te mando a un internado de la Procuraduría, o no vuelves a ver jamás a tus padres...”

En una y otra hipótesis, es decir, tanto si se llevó o no a cabo el diálogo como si éste fue impreciso, de acuerdo al Protocolo, antes de conceder el amparo y protección de la justicia de la Unión, y por ende, ordenar la reposición del procedimiento, la autoridad revisora debería analizar el posible agravio irreparable para los infantes, lo cual habrá de ponderar mediante el análisis detallado de todo el material probatorio que obra en autos, máxime cuando existen sendas tesis que no le otorgan valor pleno a la voluntad plasmada en dicha diligencia, entre ellas tenemos la tesis visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXXIII, materia civil, febrero de 2011, cuyo contenido literal es el siguiente:

GUARDA Y CUSTODIA. ESCUCHAR AL MENOR EN JUICIO, NO ES UN FACTOR DETERMINANTE AL MOMENTO DE RESOLVER. El derecho de los menores a ser escuchados, se otorga para que, oyendo su opinión, el juzgador pueda conocer sobre su personalidad, necesidades, inclinaciones o dificultades, a la luz de las pruebas existentes; de tal forma que se pueda resolver lo más benéfico para ellos, en una edad en que, aunque pueden formarse un criterio, no siempre sus decisiones presentan un juicio

cabal de lo que más les conviene en relación con su guarda y custodia. Luego, aun cuando el menor expone sus opiniones y preferencias ante el Juez, ello debe ser ponderado según las circunstancias del caso, con el fin de que se decida lo que más conviene para su sano desarrollo, en cuanto a señalar en cuál progenitor debe recaer su guarda y custodia, pues precisamente por su edad, debe verificarse en forma especial, que la preferencia de los menores no esté viciada ni sea subjetiva, como ocurre cuando alguno de los padres ofrezca menores restricciones y exigencias de convivencia y acepte vivir con el padre más permisivo y menos controlador de sus actividades. En consecuencia, la preferencia del menor no puede ser determinante para resolverse sobre su guarda y custodia, ya que para ello se deben atender a las diversas circunstancias que rodean el caso, en concatenación con todo lo alegado y probado en autos, ya que de no ser así, se llegaría al extremo de que el menor decidiera sobre su guarda y custodia, lo cual le corresponde determinar al Juez.

Respecto a las formalidades cuestionadas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siguiendo el Protocolo de la Corte, ha sentado la tesis aislada consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de fecha marzo de 2013, tesis 1a. LXXIX/2013 (10a.), cuyo contenido literal es el siguiente:

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO. Las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina “adquisición progresiva de la autonomía de los niños”, lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas –idealmente, de sus familiares–. Así, el derecho de las niñas y los niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, progresivamente, sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, incluso de índole legal, ni

aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso. Ahora bien, la participación de los niños en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues, al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia. En este sentido, los lineamientos que deben observarse para la participación de niñas y niños dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica son: (1) para la admisión de la prueba debe considerarse que: (a) la edad biológica de los niños no es el criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional, sino su madurez, es decir, su capacidad de comprender el asunto sus consecuencias y de formarse un juicio o criterio propio; (b) debe evitarse la práctica desconsiderada del ejercicio de este derecho; y, (c) debe evitarse entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias; (2) para preparar la entrevista en la que participaran, se requiere que sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar, y que se garantice que su participación es voluntaria; (3) para el desahogo de la prueba, la declaración o testimonio del niño debe llevarse a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) es conveniente que previamente a la entrevista el juzgador se reúna con un especialista en temas de niñez, ya sea psiquiatra o psicólogo, para aclarar los términos de lo que se pretende conversar con el niño, para que a éste le resulte más sencillo de comprender y continuar la conversación; (b) la entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, esto es, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones; (c) además de estar presentes el juzgador o funcionario que tome la decisión, durante la diligencia deben comparecer el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el

juzgador y, siempre que el niño lo solicite o se estime conveniente para proteger su superior interés, una persona de su confianza, siempre que ello no genere un conflicto de intereses; (d) en la medida de lo posible, debe registrarse la declaración o testimonio de las niñas y niños íntegramente, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio; (4) los niños deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación durante el juicio, la cual recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que se genere un conflicto de intereses, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino; y (5) debe consultarse a los niños sobre la confidencialidad de sus declaraciones, aunque la decisión final sea del juzgador, para evitarles algún conflicto que pueda afectar su salud mental o, en general, su bienestar. Finalmente, es importante enfatizar que en cada una de estas medidas siempre debe tenerse en cuenta el interés superior de la infancia por lo que no debe adoptarse alguna determinación que implique perjuicio para los niños, más allá de los efectos normales inherentes a su participación dentro del procedimiento jurisdiccional.

Otro criterio más para ejemplificar la rigurosidad de las formalidades exigidas, es el emitido por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil, del Décimo Noveno Circuito, en la tesis aislada XIX.1o.A.C.5 C, del mes de septiembre de 2013, décima época, que regula la participación de los menores de edad en los procesos judiciales, aduciendo que debe ser preparado previamente mediante actos especiales que preserven su salud psicoemocional, así como su identidad, agregando, entre otros aspectos, “en el auto que requiera de cualquier modo la participación personal de un niño en el proceso judicial, debe definirse, previamente, *el lugar específico en que aguardará mientras no se desahogue la diligencia a que haya sido invitado, el cual no podrá ser un pasillo de tránsito común de personas, sala o recinto abierto al*

acceso público, a fin de evitar la revelación de su fisonomía e identidad, ni someterlo a un esfuerzo físico (como permanecer parado el lapso de espera). Aunado a lo anterior, es necesario que tales lineamientos y condiciones consten en el mismo auto en que se invite a un menor de edad a acudir ante el Juez, a fin de tener certeza de que se adoptarán por decreto judicial tales medidas y, además, para estar en posibilidad de verificar si las que considera aplicables, efectivamente son todas las necesarias y conducentes”.

Pues bien, según podemos advertir, el diálogo con las y los menores de edad, hoy por hoy, está inmerso en un enorme abanico de formalidades, a tal extremo que difícilmente algún juzgador de lo familiar podría quedar exento de vulnerar alguna de ellas, baste mencionar el criterio precedente, donde en toda la República mexicana sería muy excepcional que algún menor de edad no estuviera esperando en algún pasillo de tránsito común, sala o recinto abierto de acceso público, a fin de evitar la revelación de su fisonomía e identidad, esto podría observarse tal vez en materia penal, donde creemos que dicha disposición tiene su origen y esencia, y dependiendo de las instalaciones, pero en materia civil-familiar, sería prácticamente imposible, y sin embargo, se reitera, salvo la mejor opinión de las y los amables lectores, y de la propia autoridad federal en cita, el agravio causado no precisamente sería irreparable al extremo de reponer la diligencia de diálogo, pero sí con el riesgo de ser revictimizados; lo mismo acontece, entre otras hipótesis, con el llamamiento novedoso de un perito especialista en temas de niñez, cuando no los hubiera en determinada entidad o la posibilidad de estar acompañado en la audiencia, siendo que el Código Civil para el Distrito Federal, por citar un ejemplo, en su artículo 417, ordena que el diálogo sea llevado sin la presencia de los progenitores. En opinión personal, ante la contrariedad o duda, debe privilegiarse la

certeza jurídica por encima de la seguridad jurídica, si el objetivo principal es velar por una auténtica tutela judicial, en aras de preservar siempre y ante todo el interés superior de la infancia, sin que sea óbice distinguir los alcances de su aplicación, dependiendo la materia respectiva, ya sea penal, civil, familiar u otra, con matices muy diversos de gravedad, y acaso más el carácter de compareciente que asumirá el o la menor de edad, pues no será igual declarar como víctima o testigo sobre una violación u homicidio, respectivamente, que sobre un régimen de convivencia con sus progenitores, en uno y otro caso, las medidas de resguardo podrían ser diferentes, lo mismo que las consecuencias de su omisión o falta de diligencia, de acuerdo a lo asentado.

El estado de indefensión, derivado de un agravio personal y directo, como requisito para la procedencia del juicio de amparo, encuentra sustento en la tesis jurisprudencial XXVII.1o.(VIII Región) J/4 (10a.), consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, abril de 2013, con el siguiente contenido:

INTERÉS JURÍDICO O INTERÉS LEGÍTIMO PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO. REQUISITOS PARA ACREDITARLO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, CONSTITUCIONAL DE 6 DE JUNIO DE 2011. Del artículo 107, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto vigente a partir de la entrada en vigor de la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 6 de junio de 2011, se advierte que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo. Luego, a partir de la indicada reforma, como requisito de procedencia del amparo se requiere que: a) El quejoso acredite tener interés jurídico o interés legítimo y, b) Ese interés se vea agraviado. Así, tratándose del interés jurídico, el agravio debe ser personal y directo; en cambio, para el legítimo no se requieren dichas exigencias, pues la afectación

a la esfera jurídica puede ser directa o en virtud de la especial situación del gobernado frente al orden jurídico (indirecta) y, además, provenir de un interés individual o colectivo. Lo anterior, salvo los actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, en los que continúa exigiéndose que el quejoso acredite ser titular de un derecho subjetivo (interés jurídico) que se afecte de manera personal y directa.

III. CRITERIOS CONTRADICTORIOS DE LA AUTORIDAD FEDERAL, SIN RESOLVER

Debido al enorme impacto mediático que han tenido los protocolos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sin que el que nos ocupa haya sido la excepción, en principio la autoridad federal sentó muchos precedentes sobre la obligatoriedad de su observación; sin embargo, con el devenir del tiempo, y seguramente ante la advertencia de muchos casos de excepción en la aplicación práctica, dichos criterios se han venido modificando, quedando pendiente por resolver alguna posible contradicción de tesis en dicha temática.

En efecto, en relación al carácter vinculante, y por ende obligatorio del Protocolo de la Corte, relativo a niñas, niños y adolescentes, tenemos la tesis aislada, consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro XVIII, marzo de 2013, materia(s) constitucional, civil, tesis VII.2o.C.36 C (10a.), que a la letra dice:

DERECHOS HUMANOS. EL PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE AFECTEN A NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, ELABORADO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, ES VINCULANTE, AL REFLEJAR LOS COMPROMISOS FIRMADOS POR EL ESTADO MEXICANO EN AQUELLA MATERIA. Dicho instrumento se considera vinculante, toda vez que refleja los compromisos firmados por el Estado Mexicano en materia de derechos humanos, en relación con el trato que se debe dispensar a los menores

que se enfrentan a un proceso judicial de cualquier índole, por ello, cuando éstos tengan que testificar o declarar ante un Juez o en un juicio en donde estén inmiscuidas su guarda y custodia, deberán aplicarse, en lo conducente, las reglas contenidas en el capítulo III en sus numerales del uno al siete del protocolo en cita.

Ahora bien, por cuanto hace al carácter no vinculante, y por ende potestativo en su aplicación, entre los criterios de la autoridad federal, aparece la tesis aislada 1a. CCLXIII/2014 (10a.), de la Primera Sala, consultable en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, del mes de julio de 2014, tomo I, materia(s) constitucional, que se reproduce a continuación:

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA EN CASOS QUE INVOLUCREN NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EMITIDO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *NO ES VINCULANTE* Y POR TANTO NO TIENE VALOR NORMATIVO PARA FUNDAR UNA DECISIÓN JURISDICCIONAL, PERO CONSTITUYE UNA HERRAMIENTA PARA QUIENES EJERCEN DICHA FUNCIÓN. Diversos organismos internacionales, como el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, han emitido diversas directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a niños, dirigidas especialmente a casos en los que los niños han sido víctimas o testigos de delitos, las cuales tienen por objeto reducir o evitar, en la medida de lo posible, la victimización secundaria. Algunas de esas recomendaciones han sido acogidas por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren Niñas, Niños y Adolescentes, señalando al respecto que sobre las pruebas periciales existen algunas directrices relacionadas con su registro, repetición y valoración que deben considerarse. Así, aunque ese protocolo no es vinculante y por tanto no tiene valor normativo para fundar una decisión jurisdiccional, sí constituye una herramienta para los juzgadores, pues a la luz de los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en materia de derechos humanos, que se refieren a niñas,

niños y adolescentes, establece prácticas para el acceso a la justicia, fundadas en el respeto a los derechos de ese grupo vulnerable, lo cual es trascendente, pues no se puede negar que la forma de realizar las entrevistas al menor puede ser crucial para obtener una respuesta que sea más apegada a la realidad; que deben evitarse las preguntas cerradas y repetirse las preguntas lo menos posible, para impedir que se vicien las respuestas. Asimismo, en los casos en los que haya indicios de maltrato infantil, violencia familiar, incluso abuso sexual o conflictos emocionales derivados de divorcios conflictivos, los lineamientos citados persiguen una doble finalidad: *a)* obtener un testimonio de calidad y conocer con un mayor grado de certeza lo que piensa o siente el menor; *y, b)* evitar, en la medida de lo posible, revictimizarlo.

Esperamos que muy pronto se disipe dicha incógnita, para evitar innumerables amparos que se están concediendo en forma contradictoria propiciando la confusión de los peticionarios, y, en general, del foro jurídico, pero sobre todo, que la impartición de justicia no cumpla con el imperativo contemplado en el artículo 17 constitucional, que ordena resolver los diferendos de manera pronta, completa e imparcial.

IV. CUESTIONAMIENTOS ADICIONALES SOBRE LA APLICABILIDAD DEL PROTOCOLO

Los argumentos antes vertidos, no son producto de la casualidad o la improvisación, sino resultado de la actividad judicial que día a día observamos en los casos concretos sometidos a nuestro conocimiento, y cuyas resoluciones no dejan de sorprendernos debido a los estragos que causan en las familias mexicanas, toda vez que un procedimiento que podría durar meses, debido a dichas prácticas irregulares, en mi opinión, además dilatorias, llegan a durar años, ya que un número importante de reposiciones son ordenadas a partir de la primera instancia,

es decir, en vez de durar tres o cuatro instancias para efectos prácticos, suelen ser hasta ocho, esto sucede cuando se resuelve alguna situación mediante sentencia interlocutoria, que a la vez admite recurso de apelación, amparo indirecto y recurso de revisión en el amparo, que se duplican por la reposición.

En otro orden de ideas, pero en el mismo afán depurativo, hemos podido advertir innumerables actitudes de los juzgadores de diversas instancias, que con buenas intenciones, sin duda, terminan por lesionar gravemente a los miembros de la familia, alargando innecesariamente los procesos, y por ende, haciendo nugatoria la justicia.

En efecto, resulta frecuente que colegas magistrados de la República mexicana, y desde luego autoridades federales, tan pronto advierten que el juez primario no cumplió con alguno de los requisitos del Protocolo, por mínimo que sea, ordenan la reposición del procedimiento, así sucede, cuando incluso, si el menor contaba con menos de dos años de edad, y no estuviera acreditada la incapacidad para declarar, por profesionales especializados y pruebas objetivas; si el juez no sostuvo una interacción previa a la audiencia para establecer un ambiente de confianza; si no dictó resolución para hacerle saber al asistente de menores la posibilidad de que éste, a su vez, pudiera solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha de la o el menor de edad; si el diálogo no fue grabado y se omitió la transcripción literal, entre otras muchas hipótesis relacionadas con el tema de aplicabilidad, y sin embargo, se repite, habría que analizar detenidamente si estas omisiones causaron o no un verdadero agravio irreparable a los infantes, más aún cuando nadie hace valer motivo de inconformidad, como solía suceder, por lo general, antes de la publicación de dicho instrumento federal.

Otra actitud muy respetable, pero que no comparto, es la práctica constante de reponer los procedimientos cuando de constancias de au-

tos, algunos colegas advierten que el diálogo o estudios psicológicos ordenados y desahogados por el juez de origen, fueron practicados hace más de seis meses, contados desde que el asunto llegó a la Sala, en cuyo caso consideran que los mismos ya no tienen validez, aplicando *contrario sensu*, el criterio de que no puede dialogarse o practicar estudios sucesivos dentro de dicho periodo para evitar la revictimización. Luego entonces, estiman, que pasados seis meses, pueden y deben repetir la diligencia para mejor proveer, que no es otra cosa que dilatar, pasando por alto tres aspectos fundamentales: *a)* el diálogo o estudio respectivo se ajusta más a la temporalidad de los hechos materia de la litis; *b)* nadie se está inconformando con su contenido, y *c)* genera un gran desgaste en las partes y dilatación en la impartición de justicia. De ahí el dicho de que muchas veces el camino del infierno está empedrado de buenas intenciones.

V. CONCLUSIONES

Primera. El protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a niñas, niños y adolescentes, emitido y publicado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contiene conceptos, principios y reglas de actuación generales, que para efectos prácticos se traducen en formalidades hasta cierto punto rigurosas de cumplir, ya que por una parte los códigos sustantivos y procesales no las contemplan, y por el contrario se llegan a contravenir, como sucede con la determinación legal de que la o el menor sea escuchado sin presencia de los progenitores, cuando el protocolo sí lo permite; por otra parte, si bien es cierto, dicho Protocolo pretendió recoger lo establecido en el ordenamiento jurídico interno, así como lo reconocido en el amplio catálogo de instrumentos y documentos expedidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, también lo es, que se realizó una fusión generalizada, que en opinión personal, no aplicaría con el mismo rigor y

alcance jurídico para todos los procesos judiciales, independientemente de la materia.

Segunda. En consecuencia, los juzgadores tanto locales como federales, deberán ser muy analíticos para valorar la aplicación de dicho Protocolo, atendiendo especialmente al método de interpretación sistemático, aplicando la ley al caso concreto controvertido, dependiendo de la materia respectiva, máxime cuando el propio Protocolo fue elaborado recogiendo directrices de diversa índole, como lo son, entre otras: “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, “Manual sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos para uso de profesionales y encargados de la formulación de políticas”, “Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (*Directrices de Riad*). Aspectos que difieren sustancialmente en otras materias como la familiar, donde las y los menores de edad, incluso, no pueden comparecer como testigos, según tesis de jurisprudencia vigente.

Tercero. Existen criterios discrepantes por parte de la autoridad federal, en cuanto al carácter obligatorio o no de la aplicación del Protocolo, que ameritan su pronto esclarecimiento para definir los alcances y limitaciones para los justiciables, en aras de preservar el estado de Derecho, atendiendo al interés superior de la infancia.

Cuarto. Las autoridades revisoras, locales y federales, deben ser muy escrupulosas al revisar las posibles violaciones procesales que se susciten en la aplicación del citado Protocolo, en relación con la normatividad secundaria, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los convenios internacionales, para definir si las omisiones o imperfecciones procesales, causan o no estado de indefensión en los quejosos o recurrentes, y acaso más, si la posible reposición del procedimiento no contraviene el propio Protocolo revictimizando a las niñas, niños y

adolescentes, de tal forma que les pueda causar daño psicológico como consecuencia de *las declaraciones reiteradas*, rememorar los hechos en un ambiente muy formal y distante, que no permita su comprensión y tranquilidad de ellos, *interrogatorios repetidos*, demoras prolongadas o innecesarias, la declaración frente a la persona acusada y otros requerimientos legales que pueden ser intimidantes y causar repercusiones a largo plazo en su desenvolvimiento.