UNIVERSIDAD NACIONAL

“SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO”

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENALES DE MENORES DE EDAD INFRACTORES EN EL SISTEMA PENAL PERUANO

.

Tesis para optar el Título profesional de Abogado

Bach. CHRISTIAN RILDO FERNANDEZ RIVERA

Asesor:

Mg. ARMANDO CORAL RODRIGUEZ

Huaraz – Perú

2017

MIEMBROS DEL JURADO

Dr. Luis Wilfredo Robles Trejo
Presidente

Mag. Lola Aurora Solorzano Vidal
Secretario

Mag. Armando Coral Rodríguez
Vocal

AGRADECIMIENTOS

A dios, por darme un día más de vida, y poderme permitir cumplir con este anhelado objetivo.

A mi familia y a todos aquellos queridos amigos que de una u otra forma me brindaron su apoyo y colaboración para concluir satisfactoriamente esta investigación.

A mi hermano, Gilmer, en el cielo.

A mis padres y hermanas por todo su apoyo, amor incondicional y por ser un ejemplo de esfuerzo y lucha constante, gracias al cual he logrado alcanzar las metas propuestas a lo largo de mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación Dogmático – Jurídico tiene por finalidad laaplicación de la justicia restaurativa en la solución de conflictos penales de adolescentes infractores en el sistema penal peruano.El objetivo que persigue la investigación está orientado a determinar cuál es el tratamiento jurídico que establece la normatividad nacional para su aplicación en la solución de conflictos penales de menores.

Utilizando además métodos de dialogo que ponen en contacto a víctima e infractor, en presencia de la comunidad en la que se da el conflicto. Enfoque que busca dar un tratamiento diferente al delito, a la transgresión legal, a través de una forma de conciliación extrajudicial o judicial, a fin de que las partes inmersas en conflicto se vean mutuamente como humanos.

Entre la metodología a emplearse en la investigación, se tendrá que el tipo de investigación es Dogmático-normativo, no experimental- con Diseño General Transeccional o Transversal, y especifico al Descriptivo-Explicativo. Utilizando métodos de investigación Dogmático, Exegético, y de interpretación jurídica.

Así mismo las técnicas de recopilación de datos, como con los análisis documental, bibliográfico y análisis de contenido, nos permitirán obtener resultados doctrinarios, jurisprudenciales y normativos.

Palabras claves: *Dialogo restaurador, Justicia restaurativa, Situación irregular, Procesos restaurativos, Protección integral.*

ABSTRACT

This Dogmatic – Legal research work has as its purpose the application of restorative justice in conflict criminal solution about teenage ofender in Peruvian penal system. The purpouse of this research is to find what is the legal treatment established by national regulations for its application in the solution of juvenile criminal conflicts.

Using also dialog methods that puts in contact at victim and ofender, in the presence of the community which the conflict occurs in. This approach seeks to give a different treatment to the crime, to the legal transgression through a kind of extrajudicial or judicial conciliation, in order that the parts involved in the conflicto see together as humans.

Between the methodology to be used in this research, we can find that the kind of investigation is Dogmatic-normative, non-experimental - with General Transectional or Transversal Design, and specific to Descriptive-Explanatory and legal interpretation.

Also, the data collection techniques such as documentary analysis, bibliographic analysis and content analysis, will allow us to have doctrinal, jurisprudential and normative results.

Keywords: *Restorer dialogue, Restorative justice, Irregular situation, Restorative processes, Integral protection.*

ÍNDICE

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del problema 02

1.2.. Formulación del problema 04

1.2.1.Problema General 04

1.2.2. Problema Específico 04

1.3. Importancia del Problema 05

1.4. Justificación y Viabilidad 06

1.4.1. Justificación teórica 06

1.4.2. Justificación practica 06

1.4.3. Justificación legal 07

1.4.4. Justificación metodológica 07

1.4.5. Justificación técnica 07

1.4.6. Viabilidad 07

1.5. Formulación de objetivos 08

1.5.1. Objetivo general 08

1.5.2. Objetivos específicos 08

1.6. Formulación de la hipótesis 08

1.7. Variables 09

1.8. Metodología de la investigación 10

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes 17

2.2. Bases teóricas 21

2.2.1. Justicia Restaurativa 21

2.2.1.1. Justicia: Origen 21

2.2.1.2 Modelos de justicia 22

2.2.1.3. Justicia Restaurativa 23

2.2.1.3.1 Génesis 23

2.2.1.3.2. Definición de justicia restaurativa 25

2.2.1.3.3 Fundamentos de la justicia restaurativa 27

2.2.1.3.4. Métodos restaurativos de solución de conflictos 30

2.2.1.3.5. Fines de la Justicia Restaurativa 40

2.2.2. Fundamento constitucional 41

2.2.2.1. Justicia restaurativa en Perú 41

2.2.2.2. La Psicología evolutiva como base constitucional 42

2.2.2.3. Interés superior del niño como bloque de constitucionalidad reconocido en el artículo 4° de la Constitución Política 45

2.2.3. El conflicto penal 47

2.2.3.1. Teoría del Conflicto 47

2.2.3.2. Fuentes del Conflicto Penal 49

2.2.3.3. Elementos del conflicto penal 49

2.2.3.4. Formas de solución de conflictos 52

2.2.3.5. Privatización de la acción penal: Origen 53

2.2.3.6. El derecho penal público 54

2.2.3.7. La prisión frente a los medios alternativos de solución de Conflictos 55

2.2.4. Sistema de justicia penal juvenil 56

2.2.4.1.. Antecedentes 56

2.2.4.2. Convención sobre los Derechos del Niño (1989) 57

2.2.4.3. Característica del Sistema Penal Juvenil 58

2.2.4.3.1. Enfoque garantista 58

2.2.4.4. Sistema penal juvenil en el Perú 61

2.2.4.4.1. El sujeto activo en el sistema de justicia penal juvenil peruano 61

2.2.5. Justicia juvenil restaurativa en Perú 62

2.2.5.1. Aproximación Histórica 62

2.2.5.2. Formas de justicia restaurativa en Perú 65

2.2.5.2.1. Proceso evolutivo 65

2.2.5.2.1.1 Código procesal penal 65

2.2.5.2.1.2. Código de los niños y adolescentes y la remisión 68

2.2.5.2.2 Normatividad sobre salidas alternativas de conflictos en Perú 71

2.2.5.2.3. La justicia restauradora y su enfoque hacia la víctima 73

2.2.5.2.4. Derechos de las víctimas en el nuevo proceso penal 75

2.2.5.2.5. Acuerdo y consentimiento de la víctima en el conflicto penal 77

2.2.5.3.Estudios comparativos con otras legislaciones sobre justicia restaurativa 78

2.2.5.3.1. Argentina 78

2.2.5.3.2. Chile 80

2.2.5.3.3. México 81

2.2.5.3.4. Colombia 82

2.3. Definición de términos 84

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados doctrinarios 86

3.1.1. Posición a favor de la justicia restaurativa 86

3.1.1.1. Efectividad de la justicia restaurativa 89

3.1.1.2. La justicia restaurativa y el abolicionismo 91

3.1.2. Posición en contra de la efectividad de la aplicación de la justicia restaurativa 93

3.2. Resultados jurisprudenciales 99

3.2.1. Jurisprudencia nacional 99

3.2.2. Jurisprudencia internacional 106

3.3. Resultados normativos 108

CAPÍTULO IV

VALIDACIÓN DE HIPOTESIS

4.1. Validación de la hipótesis General 112

4.1.1. Aplicabilidad conveniente 112

4.1.2. Efectividad en la solución de conflictos penales 113

4.2. Validación de las hipótesis especificas 114

4.2.1. Obstrucción de la normatividad nacional 114

4.2.2. Reparación integral del daño 115

CONCLUSIONES 116

RECOMENDACIONES 119

REFERENCIAS BIBLOGRÁFICAS 120

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se desarrollará sobre un modelo bastante nuevo para aplicar justicia a los menores infractores, se ha denominado justicia restaurativa, y su principal trascendencia radica en la forma de solucionar un conflicto penal, otorgando la oportuna reparación del daño a la víctima. De esta manera se investiga para obtener un cambio en el paradigma actual de nuestro sistema penal, con ello se busca eliminar la coerción para contrarrestar la actividad delictiva juvenil

Dividido en cuatro capítulos:

El primer capítulo referido al problema y la metodología de la investigación, en donde se señalan la formulación del problema, importancia, justificación y viabilidad. Así como el planteamiento de los objetivos e hipótesis.

El segundo capítulo referido a antecedentes, marco teórico y definición de términos, en el que se pretende sustentar el trabajo de investigación, así como explicar de manera sucinta toda la literatura sobre el tema.

El tercer capítulo referido a los resultados y discusión de la investigación, es decir será la presentación de teorías doctrinarias, jurisprudenciales y normativas que confrontadas permitirán llegar a una conclusión.

El cuarto capítulo referido a la validación de hipótesis, aquí se procederá a la contrastación de las hipótesis planteadas, arribando a conclusiones y recomendaciones del caso.

EL TITULANDO

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA Y LA METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.Descripción del problema

En nuestro país la justicia restaurativa es muy poco difundida, existe mucho desconocimiento respecto a este tema, por lo cual su aplicación es nula; esto debido al congestionamiento del trabajo de los Órganos de la Administración de Justicia, la afluencia de los procesos en materia de menores infractores impide la aplicación de una justicia penal óptima y con agilidad, por lo cual se hace necesaria implementación de la Justicia Restaurativa en materia de menores infractores, ya que la Justicia Restaurativa tiene como finalidad la reparación del daño causado a la víctima y la resocialización del niño, niña y adolescente, es decir un resarcimiento integral para las dos partes dentro de un proceso.

La realización de una verdadera justicia es obligación del Estado Peruano, por lo cual existe la necesidad de implementar este tipo medios alternativos de solución de conflictos, en las cuales se incluya la Justicia Restaurativa como método alternativo de solución del conflicto penal para menores infractores.

En la actualidad se observa el incremento de infracciones cometidas en su mayoría por adolescentes, lo que trae como consecuencia el hacinamiento de centros de rehabilitación, y conjuntamente la desaceleración del proceso judicial de menores. Con lo cual no se cumple con la finalidad de resocializar al menor infractor, esto debido a que muchos factores contribuyen tanto para que se cometan infracciones, como para que estos no reciban una buena

rehabilitación.Esto en razón de que los adolescentes sentenciados, una vez cumplida su sentencia, se supone que están preparados para integrarse como ciudadanos, capaces de respetar las normas jurídicas y sociales que la sociedad impone para facilitar la convivencia, cumpliendo así el fin de la pena. Sin embargo; la situación es completamente distinta, ello debido a que muchos de ellos regresan a los centros de rehabilitación por nuevas causas.

Por lo que el fin de este tipo de justicia restauradora es la disminución de cualquier tipo infracción cometido por un adolescente en perjuicio de su propia personalidad y su porvenir. Asimismo evitara hacinamiento en los centros de rehabilitación, ello en contraposición a la justicia retributiva que solo buscaba medidas sancionatorias, y que lo único que lograban era alimentar su círculo vicioso de exclusión y violencia.

Las ventajas de implementar la justicia restaurativa para niño, niña y adolescentes infractores, es que sea ellos quienes reconozcan el daño causado a la víctima, esto es demostrando la posibilidad de su corrección, asumiendo las consecuencias de sus actos, obteniendo como resultado la reparación del daño causado a la víctima, la reinserción social del menor, al igual que la no reincidencia del mismo. La justicia restauradora procura proteger tanto el interés de la víctima, como el de la comunidad y el imputado; en cuanto a la primera el infractor debe reconocer el daño producido e intentar repararlo, en cuanto a lo segundo lograr la rehabilitación del agresor y su reinserción como miembro de una sociedad, y en cuanto al tercero, la ventaja de no ingresar al circuito penal que muchas veces lo estigmatiza

Finalmente, se debe precisar que la justicia restaurativa es recomendada para la aplicación a los menores infractores por las siguientes razones: porque se hace más sencillo para un adolescente entender las consecuencias de su acto cuando puede apreciar directamente la consternación de su víctima, asimismo porque la reparación del daño por el menor infractor tiende a generar efectos educativos y resocializadores ya que trabajar sobre la base de la responsabilidad es fundamental para su educación como ciudadano, adicionado al hecho que por lo general la sanción a aplicar y la forma de hacerlo, para el adolescente siempre debe denotar algo nuevo y distinto, que necesariamente debe tomar en cuenta sus inquietudes, que le genere motivación para cambiar[1]

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema General

- ¿Cuál es el tratamiento jurídico que establece la normatividad nacional para la aplicación de la justicia restaurativa en la solución de conflictos penales de menores de edad infractores en el sistema penal peruano?[2]

1.2.2. Problemas Específicos

- ¿Cuáles son los factores normativos, que dificultan la resocialización y/o reincorporación adecuada de los menores infractores a la sociedad?
- ¿Con la aplicación de la Justicia Restaurativa se obtendrá ventajas favorables para garantizar la reparación integral de la víctima?

---

[1] HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto, *Metodología de la Investigación*, Tercera Edición, México. Editorial McGrawHill, 2002, p. 42.
[2] Ibíd., p. 45.

1.3. Importancia del problema

La importancia fundamental radica en el desconocimiento y poca difusión de este nuevo paradigma en la solución de conflictos penales. La reclusión en un centro de rehabilitación por un lapso de tiempo ocasiona un conflicto psicológico en el menor, este tipo de justicia busca ser un medio de solución alternativo y a través de ello no privar de libertad a un menor.

Para restablecer ese equilibrio está la justicia restaurativa, que como finalidad está en favorecer al menor para que pueda desarrollarse mejor como ser humano en un ambiente sano sin estar estigmatizado, por su conducta o su manera de actuar y no sentirse discriminado.

Ante ello , se plantea este trabajo investigativo, una nueva idea de justicia entendida esta como el fin del derecho, concepto renovador que se dirige a las causas y efectos del fenómeno delito, tanto a la víctima como al culpable basada en asumir responsabilidades personales por parte del infractor, modelo contrario al restablecimiento de penas o medidas socio educativas más duras que intimiden a los adolescentes, ya que cuanto más dura es la respuesta punitiva, pareciera que el resentimiento y la criminalidad se fortalece en la personalidad del adolescente que continua en la misma celda del fracaso.

Por ello este tipo de justicia es una alternativa creativa y constructiva, se centra en las consecuencias que el delito ha supuesto para una persona en concreto y la necesidad de repararlo, logrando con la víctima una conciliación basada en la restitución del daño, y busca también que se restituya el vínculo social, procurando la integración del infractor a la sociedad. El sistema de justicia en esta materia se volverá más efectivo, dirigiéndose al aparato judicial a

casos leves, graves o más complejos, disminuyendo la población internada en centros juveniles.

Así se evitara que los infractores primarios se conviertan en delincuentes avezados, pudiendo incluso disminuir la tasa de reincidencia procurando la resocialización del adolescente y su reintegración a la familia y la sociedad.

1.4 Justificación y Viabilidad

1.4.1. Justificación Teórica

La encontramos principalmente en los tratados internacionales (convención sobre los derechos del niño), Constitución Política, el Código de los niños y adolescentes, todos ellos guiados por el principio de interés superior del niño, consecuentemente también la hallamos en las instituciones procesales penales que aplican varias formas de justicia restaurativas en base a principios constitucionales referidos a la libertad y al trato humano.

1.4.2. Justificación Práctica

La utilidad de la presente investigación se verá reflejada en la práctica, ya que de esta forma su aplicación permitirá que el sistema penal concentre sus esfuerzos y recursos en el sistema de justicia penal juvenil, contribuyendo a reducir la población penitenciaria, aliviando el hacinamiento, y por ende, reduciendo los costos de mantenimiento de las cárceles y/o centros de rehabilitación cumpliéndose de este modo la finalidad preventiva especial de la intervención penal.

En efecto se conseguirá una oportuna reparación del daño ocasionado a la víctima, a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos, reconociéndose protagonismo en la persona de la víctima, llegando a una

solución inmediata, y disminuyendo además la aplicación de las penas formalmente establecidas por el derecho penal, facilitando la reinserción social del menor.

1.4.3. Justificación Legal

La presente investigación está amparada por la Constitución Política de 1993 en su artículo 18° (fines de la educación en las universidades), La Ley Universitaria en su artículo 6°, inciso 6.5,la cual menciona que uno de los fines de la universidad es promover la investigación, el Estatuto de la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (artículo 6° literal e), el Reglamento para optar el grado y título profesional de la FDCCPP, los cuales incentivan al alumno a realizar investigaciones, en este caso una investigación de índole jurídica.

1.4.4. Justificación Metodológica.

Se aplicó la metodológica de la investigación jurídica en cuanto al tipo y diseño de investigación, siguiendo sus orientaciones metodológicas.

1.4.5. Justificación Técnica

Se contó con el soporte técnico e informático, habiendo previsto una computadora personal, impresora. Scanner, y el software respectivo office 2010.

1.4.6. Viabilidad

El presente trabajo de investigación, es viable porque cuenta con los recursos humanos, materiales y económicos necesarios para concluir con la investigación, además del tiempo que se invertirá para realizar el estudio de la problemática planteada la cual se efectuará en actividades programadas, además es factible la realización de la presente investigación debido a que se cuenta con la información

bibliográfica amplia en el tema investigado, Comparado temas relacionados con el investigado.

1.5. Formulación de Objetivos

1.5.1. Objetivos Generales

- Determinar el tratamiento jurídico que establece la normatividad nacional para la aplicación de la justicia restaurativa en la solución de conflictos penales de menores de edad infractores en el sistema penal peruano.

1.5.2 Objetivos Específicos.

- Identificar los factores normativos, que dificultan la resocialización y/o reincorporación adecuada de los menores infractores a la sociedad.
- Establecer si con la aplicación de la Justicia Restaurativa se obtendrá ventajas favorables para garantizar la reparación integral de la víctima.

1.6. Formulación Hipótesis

1.6.1. General.-

En el ordenamiento jurídico peruano, la aplicación de la justicia restaurativa resulta conveniente en la solución de conflictos penales. Pues la norma nacional, doctrina y la jurisprudencia internacional consideran viable este tipo de justicia restauradora, en atención a los resultados exitosos encontrados en estudios y programas, que obtuvieron mejoras del daño económico y moral entre

víctima y victimario, y muy exitoso, si el dialogo se genera con ello en dirección a la armonía social, siendo estos los fundamentos idóneos para su aplicación en el sistema penal peruano.

1.6.2. Específicos

- El conjunto normatividad nacional peruano sobre justicia penal juvenil dificulta la resocialización y/o reincorporación adecuada de los menores infractores a la sociedad.
- La aplicación de la justicia restaurativa garantiza ventajas favorables para la reparación integral de la víctima[3]

1.7. Variables e indicadores

INDEPENDIENTE (X): Justicia Restaurativa

Indicadores:

- Justicia
- Modelos de justicia

DEPENDIENTE (Y): conflictos penales de menores de edad infractores en el sistema penal Peruano

Indicadores:

- Sistema penal juvenil
- Sistema penal juvenil en el Perú

[3] ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000, p.239

1.8. Metodología de la Investigación

1.8.1. Tipo, Nivel y diseño de investigación

1.8.2.1. Tipo de investigación:

Corresponde a una Investigación Dogmática – Normativa[4], que permitirá ampliar y profundizar conocimientos sobre el problema de investigación planteado, es decir sobre el estudio dogmático de la aplicación de la justicia restaurativa en la solución de conflictos penales de menores de edad infractores en el sistema penal peruano**.**

1.8.2.2. Tipo de diseño:

Corresponde a la denominada **No Experimental**[5], debido a que carecerá de manipulación intencional de la variable independiente, además no poseerá grupo de control ni experimental; su finalidad será estudiar el hecho jurídico identificado en el problema después de su ocurrencia.

1.8.2.3. Diseño General:

Se empleó el diseño **Transeccional o Transversal[6],** cuya finalidad será recolectar datos del hecho jurídico relacionados con el tema investigado. Su propósito es describir variables y analizar su incidencia e interrelación y la trascendencia que ello tiene; en el presente caso, se basa en un análisis completo y profundo.

---

[4]SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima .1991. p. 59-60.
[5]ROBLES TREJO, Luis y otros. *Fundamentos de la investigación científica y jurídica*, Editorial Fecatt, Lima, 2012, p.34
[6]HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la investigación*, Editorial McGrawHill, México, 2010, p.151

1.8.2.4. Diseño específico:

Se empleó el diseño **Descriptivo-Explicativo**, toda vez que se estudiará los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

1.8.2. Métodos de Investigación

Se utilizaron los siguientes métodos de investigación jurídica:

- **Método Dogmático:** Este método se utilizó en nuestra investigación para tratar de entender nuestro problema de investigación a la luz de la doctrina y los planteamientos teóricos de los juristas; al mismo tiempo estará orientado al estudio de la doctrina jurídica especializada, con la finalidad de realizar abstracciones (inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía, comparación), con la finalidad de mejorar los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar las instituciones del Derecho con la finalidad de realizar construcciones correctamente estructuradas y proponerlas para su revisión y empleo.
- **Método Hermenéutico**: Éste método trata de observar algo y buscarle significado. En sentido estricto, siempre que los datos o las partes de un todo se presten a diferentes interpretaciones. El Método hermenéutico nos permitió la descripción de los hechos que tienen lugar en la vida del grupo, con especial consideración de las estructuras sociales y la conducta de los sujetos que lo integra, así como las interpretaciones que ellos realizan de la realidad jurídica y sus significados.

- **Método Exegético.-** Tiene por objeto de estudio a la norma jurídica y cuya finalidad es captarlas y comprenderlas dirigiéndolas a la idealidad; tiene además las características de ser puramente formal o conceptual, en donde se libere a la Ciencia Jurídica de elementos extraños pertenecientes a otras disciplinas. Este método será aplicado en nuestro trabajo, toda vez que se hará el estudio la de normatividad vigente sobre nuestro problema de investigación.
- **Método de la Interpretación Jurídica:** La interpretación como método y como técnica actúa no sólo para las normas legales; sino también para las reglas del Derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica.

1.8.3. Plan de recolección de la información

1.8.3.1. Delimitación de la Población.

- **Universo Físico:** Estuvo constituida por el ámbito mundial y nacional.
- **Universo Social:** La población materia de estudio se circunscribió a la doctrina y la jurisprudencia penal y constitucional
- **Universo temporal:** El periodo de estudio corresponde al periodo actual.

1.8.3.2. Muestra[7]

- **Tipo**: No Probabilística
- **Técnica muestral:** Intencional
- **Marco muestral:** Dogmática jurídica

[7]ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica* .Lima, Editorial Ffecaat, 2014, p.51

- **Unidad de análisis:** Documentos (Doctrina, Norma y Jurisprudencias).

1.8.4. Instrumento (s) de recolección de la información

- **Fichas.** Se utilizó para el recojo de la información teórica de la doctrina sobre el problema de investigación, a través de las fichas de resumen, y fichas textuales.
- **Ficha de análisis de contenido**. Se utilizó para el análisis de los documentos y determinar sus fundamentos y posiciones.
- **Documentales.** Se utilizó los textos bibliográficos y hemerográficos, para recopilar información sobre la doctrina notarial y constitucional.
- **Electrónicos.** Se utilizó para recabar la información de las distintas páginas web, que se ofertan en el ciberespacio, sobre nuestro problema de investigación.

El recojo de información del trabajo de campo se realizó a través de la fichas textuales, resumen y comentario y ficha de análisis de contenido, los que nos permitieron recoger datos para la construcción del marco teórico y la discusión, y de esa forma validar la hipótesis planteada.

Para el estudio de la normatividad se realizó a través de los métodos dogmático, exegético y hermenéutico, para tener una visión sistemática nuestro problema de estudio.

1.8.5. Plan de procesamiento y análisis de la información y/o estadístico.

Para el procesamiento y análisis de la información, por la naturaleza de la presente investigación se empleó la técnica del **análisis cualitativo[8],** toda vez que en la investigación jurídica dogmática no admiten las valoraciones cuantitativas, el análisis de datos debe concretarse a la descomposición de la información en sus partes o elementos, tratando de encontrar la repetición de lo idéntico y las relaciones de causalidad, a fin de describir y explicar las características esenciales del hecho o fenómeno. Esto es lo que se denomina como análisis cualitativo. Donde un dato cualitativo es definido como un "no cuantitativo", es decir, que no puede ser expresado como número, estos datos son difícilmente medibles, no traducibles a términos matemáticos y no sujetos a la inferencia estadística[9].

Los datos son presentados de manera verbal o gráfica - como los textos de entrevistas, las notas, los documentos (jurisprudencia, normativa, doctrina) sobre el problema planteado; por lo tanto, está orientado a revelar cuáles son las características del hecho o fenómeno jurídico de estudio. Todos ellos tienen en común que se basan en el análisis textual, por ello cualquier tipo de material tiene que estar preparado para poder ser analizado de esa forma.

Los criterios empleados en el presente proceso de investigación fueron:

- Identificación del lugar donde se buscó la información.
- Identificación y registro de las fuentes de información.

[8] BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. Editorial Trillas, México, 1986, p. 43
[9] ROBLES TREJO, Luis. Ob. Cit. p.49

- Recojo de información en función a los objetivos y variables.
- Análisis y evaluación de la información.

1.8.5.6. Técnicas de la Validación de la Hipótesis

Siendo de un estudio cualitativo, el método para la validación de la hipótesis y logro de objetivos fue mediante la **argumentación jurídica**[10], debido a que el teórico del derecho, pretende solucionar los problemas jurídicos desde el derecho, aproximándose a él en forma desprevenida y desprejuiciada en relación con los intereses o ideologías, debiendo ser solucionados o resueltos, recurriendo a instrumentos jurídicos o a la dogmática jurídica, que sirve para proponer soluciones prácticas a los problemas de producción y la aplicación del derecho. La función dogmática, consiste en suministrar argumentos para la toma de decisiones en la producción y aplicación de las normas.

La argumentación jurídica es la forma organizada de demostrar lógicamente por medio de un razonamiento formulado con el propósito de conseguir la aceptación o rechazo de una tesis o teoría determinada. La aceptación o rechazo de esa tesis dependerá de la eficacia o ineficacia de la argumentación que le sirve de apoyo.

La cualidad científica de la dogmática jurídica descansa sobre bases o criterios esencialmente diferentes de los de unidad de método y objeto de estudio que definen a las demás disciplinas. Es decir, si la dogmática es una ciencia, lo es en un sentido distinto de todas las otras ciencias. Una proposición de dogmática es verificable cuando puede ser confirmada o refutada. Cuando se refuta una

[10]GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el Derecho*. Lima, Editorial Palestra, 2003, p.45

proposición sobre lo que el derecho dice, típicamente se controvierten uno o más de los siguientes elementos de una proposición: los principios, los datos, o el razonamiento. Así, una proposición de dogmática puede ser refutada, ya porque yerra en los principios o axiomas de que parte (por ejemplo, los principios generales del derecho, o sus normas de interpretación o integración), o porque no ha considerado todos los datos (principalmente fuentes formales del derecho, ocasionalmente también hechos) atingentes a las proposiciones que se formulan, ora porque es defectuoso el raciocinio por medio del cual se conectan principios, datos y afirmaciones[11].

[11] ROBLES TREJO, Luis. Ob. Cit. p. 56-57

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES.-

2.1.1. Tesis Local.

En nuestro medio hemos encontrado la investigación de MELGAREJO SALAS, Edgar Deybi, titulado **"-El proceso de terminación anticipada como mecanismo de justicia restaurativa en el marco del nuevo código procesal penal en el Distrito Judicial de Ancash, periodo 2012-2013"** Tesis para optar el grado académico de Título profesional de abogado por la universidad "Nacional Santiago Antúnez de Mayolo". 2014. En la que concluyó: Que, la justicia restaurativa propone en el marco del debate de la reparación del daño un programa que cuenta con una "vis atractiva" muy apreciable debido al influjo de ideas centradas en el realismo, es decir, en la búsqueda de una justicia más humana, más comunicativa y pro activa. Con este planteamiento se intenta cumplir con los fines del derecho penal, a través de los que pretende una coexistencia pacífica, en la que la sociedad se vea libre de delitos y en la que cada sujeto autor sea abordado, ya no con un ideal resocializador anclado en un concepto positivista o psico-biológico, sino en una actitud del autor de responsabilidad activa en la búsqueda de respuestas y soluciones. En ese sentido, constituye una estrategia para lograr más justicia pronta y efectiva.

2.1.2. Tesis Nacional

A. Oscar Guillermo Vásquez Bermejo, titulado **"Las políticas públicas y los Adolescentes en conflicto con la ley penal. Posibilidades y limites en la**

aplicación de la remisión fiscal en el Perú" Tesis para optar Grado Académico de Magíster en Política Social con Mención en Promoción de la Infancia por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 2014. En la que concluyó: La remisión y mediación son instrumentos de gran potencial para promover el cambio del adolescente, reparar el daño a la víctima y restablecer la paz social en la comunidad. La remisión es un mecanismo previsto en la ley que aparta al adolescente del proceso judicial para darle un tratamiento alternativo, siempre que la infracción a la ley penal no revista gravedad y haya la disposición y el compromiso del adolescente y su familia de procurar la reparación del daño y participar en un programa de orientación.

B. PÉREZ GALLARDO, Lilia Mariangela, titulado **"influencia de la comunicación familiar en la conducta delictiva de los adolescentes pertenecientes al programa justicia juvenil restaurativa del ministerio público - la libertad 2014"** tesis para optar el título profesional de licenciada en trabajo social por la universidad Nacional de Trujillo. En la que concluyo: Los adolescentes del programa Justicia Juvenil Restaurativa, habitan en Distritos que tienen alto índices de delincuencia, si bien es cierto que el porcentaje mayor corresponde al Distrito de Alto Trujillo, 35.9%, algunos adolescentes viven en zonas peligrosas y otros en zonas que son relativamente seguras. Sin embargo el resto de distritos en los cuales viven los adolescentes corresponden a Moche 25.6%, El Porvenir 17.9%, Salaverry 10.3%, La Esperanza 7.7% y Florencia de Mora 2.6%; haciendo en global la mayor cantidad de adolescentes que viven en

zonas que son consideradas de alto riesgo, tal como indica el Comité Provincial de Seguridad Ciudadana. El vivir en zonas con entorno de riesgo es un peligro para la misma población, vuelve vulnerable a la persona no solo por el hecho de sufrir algún asalto sino que puede generar que se actúe de la misma manera delictiva.

2.1.3. Tesis internacional

A. REINA CASTILLO, Alexandra Karolina, titulado **"Aplicación de la justicia restaurativa en adolescentes infractores en el Cantón Ibarra en el año 2011(Ecuador)"** Tesis**:** para obtener el grado académico de título profesional de abogado en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. en la que concluyó: En el Ecuador está muy poco difundida y por lo tanto aún no aplicada la Justicia Restaurativa. Cuando los actos de los adolescentes están reñidos por las Leyes Penales, la justicia busca penalizar, criminalizar, sancionar de algún modo aunque el Código de la Niñez y Adolescencia, muy eufemísticamente llame a esas sanciones medidas socio educativas. Hace falta un cambio de modelo de Justicia Penal para adolescentes. Los reclusorios hoy llamadas centros de adolescentes infractores, tienen una alta población de adolescentes transgresores de la ley, los que luego de cumplir su estadía en esas cárceles reinciden en actos delictivos.

B. **PUGA ARCOS Mªdel Mar,** titulado **"Menos cárcel y más justicia restaurativa: infractores drogodependientes"** Tesis para obtener el grado académico de título profesional de abogado Universitat de Barcelona en la que concluyó: La justicia restaurativa, por tanto, realiza

una apuesta en el ser humano y en la capacidad de perfectibilidad que posee (…).En particular, y refiriéndonos a infractores/as drogodependientes, pensamos que el destino de las personas no está escrito solo por el hecho de tener una adicción aparentemente irremediable o incurable, sino por la capacidad de todo ser humano de reconducir su vida y de hacerse dueño de sus acciones.

C. **M.C. PÉREZ SAUCEDA, José Benito,** titulado **"Métodos alternos de solución de conflictos: Justicia alternativa y restaurativa para una cultura de paz"** Tesis: para optar el grado Doctor en Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León-México. En la que concluyó: Los Métodos Alternativos de Solución de Controversias (en especial, los pacíficos y auto compositivos) fomentan en la sociedad las competencias no confrontacionales, aumentan el protagonismo ciudadano, la responsabilidad, el diálogo y el compromiso. Tienen un gran potencial educativo que contribuye a la construcción de una Cultura de Paz.(…)Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, alivian la carga de trabajo de los tribunales, reducen los costos y los tiempos, tanto para el Estado como para las partes en la resolución de los conflictos; Como vimos por las características propias de los diferentes MASC, dependiendo del Modelo o programa que sigamos para la aplicación de los mismos, pueden no sólo buscar el acuerdo sino el mantenimiento o reparación de la relación en conflicto, fomentando una restauración de la misma.

2.2. BASES TEÓRICAS[12]

2.2.1. Justicia Restaurativa

2.2.1.1. Justicia: Origen.

Existen muchas definiciones al respecto, empero cada una es propia al conceptualizar el concepto "Justicia" por ejemplo Atienza dice "La justicia no es una idea irracional. Es simplemente un ideal o, si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del derecho. Para el jurista, el derecho positivo, las normas y los criterios establecidos por las autoridades, es la senda que ha de recorrer en pos de la justicia. Lo que ocurre en ese camino está con cierta frecuencia sembrando de dificultades: o es excesivamente angosto, o ha sido invadido en alguno de sus tramos por la selva, o es sencillamente equivocado (no conduce a donde prometía"[13].

Por otro lado Hans Kelsen resumió magistralmente sus ideas sobre la justicia de la siguiente manera: "no se puede decir que es la justicia, aquella justicia absoluta que la humanidad busca. Debó contentarme con una justicia relativa, y puedo decir por tanto para mí que es la justicia. Ya que la ciencia es mi profesión, y por tanto la cosa más importante de mi vida, la justicia se encuentra en aquel ordenamiento social bajo cuya protección puede prosperar la búsqueda de la verdad. Mi justicia es la justicia de la libertad, la justicia de la democracia. En una palabra la justicia de la tolerancia…"[14]

---

[12]ROBLES TREJO, Luis. Ob. Cit. p.32
[13]ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia, Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. Editorial Ariel S.A., Barcelona España. Tercera reimpresión 1997, p.3
[14]KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?* Editorial Ariel, Barcelona España, 2010, p.20

Asimismo este concepto ha suscitado variadas reflexiones de parte de los filósofos de todos los tiempos hasta nuestros días. En efecto cada uno con una particularidad única sobre la noción de lo que resulta justo para cada uno de ellos, llámese justicia literalmente.

2.2.1.2-Modelos de justicia.-

Entre los modelos de justicia que se ha identificado desde los orígenes del concepto justicia, se encontraron varios, pero para efectos didácticos con la presente investigación señalaremos los más importantes y profundizaremos en dos modelos que son los más comunes en la justicia penal juvenil. Para ello Diana Britto Ruíz[15]. Identifica los siguientes modelos de justicia.

A. **Justicia Retributiva:** Tiene como presupuesto fundamental el castigo a la infracción de la ley, y supone una sociedad de individuos regulada por un contrato social

B. **Justicia Distributiva:** Modalidad de justicia centrada en los aspectos económicos de las relaciones sociales y se preocupa por dar a todos los miembros de sociedad una "parte justa" de los beneficios y recursos disponibles**.**

C. **Justicia Reparativa:** También llamada justicia compensatoria, esta justicia se preocupa por devolver a la víctima, lo que ellas han perdido durante el curso del conflicto.

D. **Justicia Restaurativa:** Es un tipo de Justicia centrada en la dimensión social del delito. Busca restaurar el lazo social dañado por la acción criminal en un proceso de reparación y reconciliación entre la víctima y el

[15]BRITO RUIZ, Diana. *Justicia Restaurativa,* Reflexiones sobre la Experiencia de Colombia. Editorial. Montada, Ecuador 2001, p.13

infractor, con la mediación de la comunidad. No obstante ello, Diana Brito Ruiz refiere que hay diferentes paradigmas que podrían resumirse en dos grandes enfoques en la aplicación de justicia el Modelo Retributivo y el Modelo Restaurativo.

2.2.1.3. Justicia Restaurativa:

2.2.1.3.1 Génesis.-

Según lo manifiesta el tratadista Gerónimo de la Torre en su obra "Las Nuevas Tendencias de la Justicia en el Siglo XXI", el origen de la justicia restaurativa es extremadamente difícil de establecerlo, esto en cuanto se relaciona tanto con el lugar como en el momento histórico de su nacimiento[16]. Pero establecer que la justicia reparadora aparece en "documentos muy remotos: el Código de Hammurabi que preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad; la ley de las XII tablas preceptuaba en cambio que el ladrón condenado pagará el doble del bien robado, tres veces el valor si el bien era encontrado en su casa y cuatro veces su valor si había sido obstaculizado la persecución"[17].

De lo manifestado se dice que los mecanismos tradicionales de administración de justicia en las diferentes sociedades humana que se han constituido y desarrollado a lo largo del tiempo, y lo hacen con la premisa de que un delito acarrea de forma imperativa un daño cuya afectación implica la vulneración de derechos y garantías de una tercera persona, siendo en este caso objeto primordial de la justicia el de establecer la armonía e integridad de los bienes jurídicamente protegidos de cada miembro de la sociedad y en general del grupo humano, es

[16]DE LA TORRE. Gerónimo, *La Nuevas Tendencias de la Justicia en el siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile. 1º`edicion Santiago, 2002. p.112- 114
[17]Ibíd., p.117

por ello que las practicas referidas fueron llevadas a cabo principalmente en comunidades indígenas o pueblos aborígenes asentados en los territorios que actualmente pertenecen a Estados Unidos, Nueva Zelanda, Canadá, Australia, entre otros.

Por otra parte ya desde la perspectiva histórica ya en el "siglo XIX existían una preocupación por las relaciones entre el delincuente y víctima; la escuela positiva se preguntó si no procedería configurar la relación a la víctima como una modalidad de sanción pecuniaria de carácter público que podía desplazar en determinados supuestos a las penas cortas de prisión."[18]. Para complementar lo ya manifestado puedo decir que fue el tratadista Zher quien en 1980 plasmo en sus libros un *verdadero modelo alternativo*; a partir de entonces la justicia restaurativa fue tratada en los diferentes Congresos Internacionales de Criminología siendo el primero el del año 1993 celebrado en Budapest"[19].

Es así que en los tiempos contemporáneos se establece que la justicia reparadora se inició en Ontario Canadá ya que fue uno de los "primeros países en involucrar a la comunidad en procedimientos basados en justicia restaurativa; la primer sentencia relevante se dictó en 1978, en donde se procedió a ordenar que un niño de 14 años llamado Heiltsiuk fuera enviado, a petición de su tío u otros líderes tribales a una isla en lugar de un a prisión y que fuese sometido a trabajo supervisado con una condena de 8 meses"[20].

---

[18]MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal,* España. Editorial Comares. Edición 1°,2007, p.17 -18

[19]VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio, *El principio de oportunidad: Justicia Restaurativa, Transicional y Transaccional, Mediación Penal, Conciliación Civil en el sistema penal acusatorio.* Colombia. Editorial Medellín: Librería Jurídica Sánchez R., 2011, p. 446.

[20]Ibíd., p.450

Es importante destacar que en la actualidad en países como Australia, Nueva Zelanda y Canadá, se llevan a cabo procesos conocidos como *conferencing o circles (conferencia o circulo)* los cuales buscan conciliar ciertas prácticas aborígenes en el interés de ofrecer una solución positiva al conflicto tanto para la víctima como al victimario, buscando además que las comunidades se involucren"[21].

Así, se establece que "la justicia restaurativa surgió como una forma de mediación entre víctima y victimario posteriormente se amplió hacia las comunidades, familia y amigos de éstos, en procedimientos denominados reuniones de restauración."[22] , Finalmente la principal diferencia de este novísimo paradigma es su dialogo, entendido como un proceso comunicacional diferente al modelo tradicional.[23] Es por ello que en la actualidad las practicas legales de indígenas y campesinos basadas en el derecho consuetudinario son la base para establecer un sistema jurídico restaurativo.

2.2.1.3.2. Definición de justicia restaurativa.

La justicia restaurativa a nivel mundial toma diferentes formas, existiendo una variedad de programas y prácticas, pero todos estos sistemas y prácticas comparten principios comunes. Según este enfoque las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las

[21]TAMARIT SUMALLA, José Ma y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Victimología Justicia Penal y Justicia Reparadora*. España.. Editorial Ibáñez . 2006, p.298

[22]MCCOLD, Paul y WACHTEL. Ted: en busca de un paradigma*: Una Teoría Sobre Justicia Restaurativa.* recuperado de: <www.restorativepractices.org> [consultado el 10/12/2016]

- [23]MEJIAS GÓMEZ, Juan Francisco. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, España – Madrid, Editorial: El Derecho Editores.2009, p.75

preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de victimización, y practicar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado.

No obstante ello, a decir de Aída Kemelmajer de Carlucci[24], las definiciones sobre justicia restaurativa no han sido unívocas, sin embargo, dada su calidad académica, da a conocer algunas definiciones dadas por la doctrina y otras contenidas en documentos internacionales:

a) Bazemore y Walgrave dicen que la JR es "toda acción orientada primariamente a hacer justicia reparando el daño causado por el delito" La definición, extremadamente sintética, apunta al aspecto reparador, pero tiene el inconveniente de ser parcial, pues omite los otros dos aspectos antes mencionados (responsabilidad y reintegración).

b) Para Bruce Archibald es un modelo de resolución de cuestiones de naturaleza penal, de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo a través de un proceso que comprende a la víctima, el ofensor y representantes de la comunidad. Con leves variantes, el mismo autor afirma que se trata de la restauración de las relaciones mediante una resolución deliberativa, originada en un hecho que produjo un daño de naturaleza penal, a través de un proceso que involucra a la víctima, el ofensor y representantes de la comunidad.

c) El proyecto de la ley de Sudáfrica (ChildJustice Bill), de agosto del año 2000, afirma que JR significa "promover la reconciliación, restitución y responsabilidad a través de involucrar al niño, a los padres del niño, a los miembros de la familia, a la víctima y a la Comunidad".

[24]KERMELMAJE DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad,* Primera Edición, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni Editores, 2004,p.111

d) Para Ceretti, un autor italiano, la JR es el paradigma de una "justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo. El desafío es superar la lógica del castigo pasando a una lectura relacional del fenómeno criminal, entendido primariamente como un conflicto que provoca la ruptura de expectativas sociales simbólicamente compartidas".

e) La Propuesta Preliminar de Declaración de los Principios Básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales aprobada en el año 2000 en el Congreso de las Naciones Unidas para la prevención del crimen y el tratamiento del delincuente la define como "un proceso en el cual la víctima, el ofensor y/o cualquier otro miembro individual o colectivo afectado por el delito participan conjunta y activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito, generalmente con la ayuda de un tercero justo e imparcial[25]" en tal sentido la justicia restaurativa es una teoría de justicia que enfatiza reparar el daño causado o revelado por el comportamiento criminal[26].

2.2.1.3.3 Fundamentos de la justicia restaurativa.

La expresión "justicia restaurativa" o "restauradora" se considera más conveniente pues este paradigma busca responder al delito, de una manera

[25]ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Principios básicos del uso de programas de justicia reparadora en materia penal*. Recuperado de: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comn/sadd1s.pdf.>[Consultado el 18/12/2016].
[26]BERNAL ACEVEDO, Fabiola. *Justicia restaurativa en Costa Rica: Acercamientos Teóricos y Prácticos*, I Congreso de Justicia Restaurativa, Costa Rica, p. 35

constructiva, partiendo de la tesis qué es necesario el reconocimiento de las víctimas y sus derechos,[27] de una solución basada en la reparación del daño, y no en la venganza,[28] sino en las necesidades de las partes y la construcción un estado de paz.[29]

El proceso de restauración busca habilitar a las víctimas, al infractor y a los miembros afectados de la comunidad para que participen directa y activamente en la respuesta del delito con la vista puesta en la reparación y la paz social, basándose en parte de las "3 r´s": Responsabilidad, Restauración y Reintegración que significa lo siguiente:

a. *Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones.*
b. *Restauración de la víctima, quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad.*
c. *Reintegración del infractor, quien necesita restablecer los vínculos con la sociedad, que a su vez, necesita del buen desempeño de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento.*

Según la Organización de las Naciones Unidas, un proceso de justicia restaurativa es aquel en que la víctima, delincuente y cuando procesa, cualquier otro miembro de la comunidad afectado por el delito, participan conjuntamente y de forma

---

[27]SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés. *¿Qué es y Para qué sirve la Justicia Restaurativa?* Recuperado de: <http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf> [Consultado el 09/01/2017]

[28]No existen estudios contundentes que demuestren que existe un umbral de dolor innecesario para que una persona se arrepienta genuinamente de su comportamiento, más al contrario pareciera que la pena provoca mayor resentimiento y rencor en el ofensor impidiendo su rehabilitación y posterior reinserción a la sociedad.

[29]SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés. Op. Cit.85

activa en la resolución de cuestiones derivadas del hecho punitivo, generalmente, con la ayuda de un facilitador[30] para el desarrollo de todo el procedimiento.

Estos procesos restaurativos se sustanciarán en métodos para alcanzar tales fines, como la mediación, conciliación, celebración de conversaciones y las reuniones para decidir condenas. Para la ONU, un resultado restaurativo sería lograr un acuerdo producto de la aplicación de estos métodos.

En el convenio resultante se podrán incluir programas y respuestas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados para la atención de las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

En cuanto al modo de aplicación de los programas de justicia restaurativa, la ONU hace las siguientes recomendaciones:

a. *Que puedan ser utilizados en cualquier etapa del sistema de justicia penal, a reserva de lo dispuesto en la legislación local;*
b. *Solo se podrá disponer de los métodos restaurativos de justicia cuando existan pruebas suficientes para inculpar al delincuente con el consentimiento voluntario de la víctima y del delincuente;*
c. *La víctima y el delincuente deberán estar de acuerdo sobre su participación en los procesos y acuerdos restaurativos. La participación del delincuente no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos judiciales;*

[30]Un Facilitador de un proceso restaurativo es una persona especializada en prestar esa función, de manera justa e imparcial, a las partes que desarrollarán un método de justicia restaurativa. *V. Resolución 2002/12 sobre los Principios sobre la utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.*

d. *Las desigualdades de posiciones y las diferencias culturales deberán ser tomadas en cuenta para poder someter el asunto a método restaurativo;*

e. *La seguridad de las partes deberá ser tomada en consideración al momento de la realización del método restaurativo de solución de conflictos;*

f. *De no ser adecuada la aplicación del método restaurativo, el asunto deberá atenderse mediante la justicia penal.*

2.2.1.3.4. Métodos restaurativos de solución de conflictos

La Justicia Restaurativa cuenta con diversos programas o métodos que han sido desarrollados en diversas regiones del mundo con especial éxito:

a) *Mediación de la víctima y el infractor:*[31]Es un método que otorga la oportunidad para reunir a la víctima y el infractor, en un escenario seguro y controlado, donde se desahogarán discusiones sobre el delito sucedido con la asistencia de un mediador capacitado en la materia.

Este tipo de Mediación es considerado el primer proceso restaurativo contemporáneo[32] y consiste en la reunión voluntaria de la víctima y el infractor, buscando animar a este último a comprender las consecuencias de sus acciones,

[31]SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés. Op. Cit.108-110

[32]Se considera a la Mediación Victima-Ofensor el primer método restaurativo contemporáneo documentado en 1974 en Canadá. Por el éxito de1 experimento para 1975, Ontario ponía en marcha el proyecto de reconciliación infractor-víctima. V. MASTERS, Guy. *Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la Justicia Restaurativa*. Recuperado de: <web:http://www.derechosdelainfancia.cl/docs/imgs/imgs_doc/180.pdf.>SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés. *¿Qué es y Para qué sirve la Justicia Restaurativa?* .Recuperado de <http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf> [Consultado el 15/12 /2016]

tomando responsabilidad del daño ocasionado y otorgando a las partes la oportunidad de desarrollar una forma para su reparación.[33]

Para Elías Neuman, es precisamente la Mediación Penal el ejemplo más contundente de lo que persigue la justicia restaurativa, pues se basa en la creencia de la posibilidad de armonía entre los hombres, así como la esperanza de un verdadero saneamiento de las heridas producidas por el delito en el entramado social.[34]

Los inicios de la mediación entre víctima y ofensor se establecen en 1974, en Kitchener, Ontario, Canadá;[35] cuando dos adolescentes acuchillaron llantas automovilísticas, quebraron ventanas y causaron daños a diferentes propiedades en una noche de vandalismo y embriaguez, causando un daño de $2,200 dólares a los que se declararon culpables en Corte. Ahí un agente del departamento de libertad condicional y sus compañeros del Centro Menonita de Ontario comentaron con el juez la idea de que los jóvenes respondieran cara a cara a cada una de las personas afectadas, a lo que la autoridad accedió. Después de escuchar a las víctimas, los jóvenes se comprometieron a restituir los daños y al cabo de seis meses, ya se había terminado de pagar lo acordado.[36]

---

[33]. Ibíd. Según la Red Prisión Fellowship Internacional, existen más de 300 programas de mediación entre víctimas e infractores en Estados Unidos de América y más de 500 en Europa. Los resultados de dichos programas han logrado una elevada satisfacción entre las partes participantes, consiguiendo disminuir el sentimiento de miedo entre las víctimas, así como un índice elevado de cumplimiento del infractor con la obligación de restitución y menor reincidencia de éstos en nuevos delitos.

[34]NEUMAN, Elías. *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. México Editorial Porrúa.. 2005, p. 95

[35]La Mediación en materia penal podría tener múltiples antecedentes, por ejemplo, Cynthia Olson narra su investigación y participación en el "Tribunal del Pacificador" de los indígenas navajos, donde en realidad se aplican procedimientos de Mediación y Conciliación tradicionales a las costumbres y creencias nativas. OLSON, Cynthia. *Aplicando la Mediación y los Procesos de Consenso en el marco de la Justicia Restaurativa,* En CARRANZA, Elías (coord.) *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*. México .Editorial Siglo XXI.2001, p. 222

[36]RENDON, Josefina. *Mediación entre víctima y ofensor*. Recuperado de: <http://www.mediate.com/articules/mediacion_entre_v.cfm> [Consultado 13/01/2017]

Al ver el exitoso resultado nacieron los Programas de Reconciliación entre Víctima y Delincuente (VORP)[37], financiados principalmente con donaciones de las iglesias, subsidios del gobierno y el apoyo de diversos grupos comunitarios.[38]

La mediación entre las víctimas y los infractores puede llevarse a cabo en cualquier punto del proceso penal o de manera alterna al mismo. Puede efectuarse después de dictada la condena, incluso cuando el resultado del proceso restaurativo no influya en la pena impuesta, por ejemplo en el Estado de Texas, en la Unión Americana, los familiares de las víctimas de homicidio pueden solicitar dicho método con los asesinos de sus seres queridos, aunque estén condenados a la pena capital. En otros casos, las víctimas pueden reunirse con los ofensores en una mediación después del juicio.[39]

Regularmente la Mediación víctima- victimario comienza cuando el caso es derivado de los juzgados para la realización de dicho método, ya sea con anterioridad al procedimiento judicial o después de una condena o la admisión formal de culpa ante el órgano jurisdiccional. Posteriormente, el mediador dialoga con la víctima y el ofensor, con el fin de asegurarse que la mediación puede ser aplicada, principalmente verificando que psicológicamente las partes estén en condiciones para vivir la experiencia de la mediación. Luego se efectúa el proceso de Mediación en sí, donde las partes se desahogan, se comprenden e identifican la situación del otro, reconocen la naturaleza y el alcance del daño efectuado por el

---

[37]VORP o VOM, por su nombre en inglés, *Victim Offender Mediation* (mediación de delincuentes victimas)

[38]FABIANA RAÑA, Andrea. *La Mediación y el Derecho Penal*. Argentina, Editorial Fabián Di Plácido.2001, p.60

[39]Este tipo de Mediaciones tiene lugar en países como Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Bélgica, Países Bajos entre otros. Disponible en sitio web: *Restaurative Justicie on Line* (justicia restaurativa en línea) recuperado de <http://www.justiciarestaurativa.org/>. [Consultado 22/01/2017]

delito, así como determinan la manera en la que se habrá de reparar, estableciéndose un cronograma para el monitoreo y pago de la merma.

b) *Reuniones de Restauración o Conferencias Comunitarias:*[40]

Proceso en el que se reúnen la víctima o el ofendido, el adolescente o el adulto infractor, los familiares de ambas partes, así como amigos y vecinos, con el objeto de gestionar y resolver el conflicto, atendiendo a las necesidades de la víctima, del infractor y de la comunidad.[41] Dicho método busca darle a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en el resarcimiento del delito, aumentando así la conciencia, responsabilidad y compromiso del infractor en el impacto de su conducta pasada y la importancia de su actuar futuro.[42]

Las conferencias o reuniones de restauración surgen en 1989, con la aprobación de la Ley sobre Niños, Jóvenes y sus Familias de Nueva Zelanda.

Dicha regulación estableció un nuevo paradigma para el tratamiento de los menores infractores, pues en vez de procesarlos de la forma ordinaria, se le otorgó mayores facultades a la familia del joven delincuente para la toma de decisiones con el propósito de que ésta decidiera junto con la víctima y otros de la comunidad la sanción apropiada para el menor.

Las reuniones fueron adaptadas de los métodos tradicionales de resolución de conflictos del poblado de Maorí en Nueva Zelanda. Las reuniones de los nativos llamadas "whanau" son las formas consuetudinarias con las que los Maoríes

---

[40]También conocidos como *de Familia o de Grupos de Comunidad*.

[41]PESQUEIRA LEAL, Jorge. *Conferencia Justicia Restaurativa y Alternativa*, impartida en el Auditorio "Víctor L. Treviño" de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, el viernes 13 de Febrero de 2009. V. Blog de Mediación Monterrey. *Justicia Alternativa y Restaurativa en el Juicio Oral:* Jorge Pesquería Leal en la FACDYC. Recuperado de:<http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/2009/02/justicia-restaurativa-y-alternativa-en.html.>[Consultado 08/12/2016]

[42]VÁSQUEZ BERMEJO, Oscar. ¿*Qué es la Justicia Restaurativa*? Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa. Editorial Terre des Hommes Lausanne. Perú N° 01 Diciembre 2005-Febrero 2006

abordan los conflictos que surgen con los miembros más jóvenes de su comunidad.

Actualmente todavía operan, al igual que en distintos países como Australia, Estados Unidos, algunas naciones europeas y Sudáfrica. Han sido utilizadas tanto en infractores juveniles como en adultos.[43]

Estos métodos restaurativos se diferencian de la Mediación Víctima-Ofensor en que involucran a más participantes, ya que no sólo participan la víctima y el infractor sino también las víctimas secundarias, como lo pueden ser familiares y amistades de la víctima, parientes y allegados del infractor, así como representantes del sistema de justicia penal.[44]

En semejanza, las conferencias también se valen de un facilitador del diálogo, sin embargo, son los miembros del grupo reunidos, quienes decidirán como debe de reparar el infractor aquel daño ocasionado. El acuerdo alcanzado se debe formalizar por escrito, firmado por todos los involucrados y se envía a las autoridades correspondientes para su cumplimiento.

Las reuniones o conferencias de restauración buscan demostrarle al ofensor que existen muchas personas a quienes les interesa y se preocupan por su situación, al tiempo que se puede conseguir despertar un sentido de responsabilidad en la familia, su círculo interno de amigos y la sociedad entera.

---

[43]Ibíd. P.25

[44]LLANOS, Ramiro. *Justicia Restaurativa* Disponible en sitio web: *Restaurative Justice on line.* (justicia restaurativa en línea) Recuperado de :<http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos/> [Consultado 18/11/2016]

Otra de las bondades es que el acuerdo de resolución alcanzado por todas las partes involucradas fortalece el establecimiento y respeto de los valores comunitarios, así como el uso contractivo de la vergüenza llamada reintegrativa[45], por medio de la cual la sociedad denuncia la conducta del ofensor como inaceptable, pero a su vez, se compromete con éste para su reintegración.

Este método restaurativo se divide en 3 fases que son: a) la preparación, el encuentro y el monitoreo posterior al mismo. En la primera etapa, un facilitador capacitado recibe el informe de traspaso y se asesora con funcionarios de la justicia para menores con el objetivo de conocer el asunto. Así el facilitador puede conocer de las partes, identificando sus necesidades y los propósitos a conseguirse en los procesos de restauración.[46]

Posteriormente se realiza el encuentro entre las partes participantes, ahí el ofensor cuenta su versión de la historia, al terminar, la víctima hace lo propio. A continuación tanto ofensor como víctima tendrán la oportunidad de expresar su sentir respecto a lo sucedido en el delito y sus consecuencias. Las partes entonces podrán efectuarse preguntas, de igual forma lo podrán hacer las respectivas familias. El ofensor se reunirá en privado con su familia para determinar cómo saldarán la reparación del daño causado, realizando una oferta a la víctima y los demás asistentes. Las negociaciones seguirán hasta lograr un acuerdo, el cual debe

---

[45]V. PRATT, John. E*l Castigo emotivo y ostentoso. Su declinación y resurgimiento en la sociedad moderna- Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales. Editorial Universidad Nacional del Litoral. 2006. Número 22. p.22

[46]GALENO REY, Juan Pablo. *Un nuevo modelo de Justicia Restaurativa y el redimensionamiento del rol y protagonismo de la víctima en el nuevo proceso penal colombiano*. En SINTURA VARELA, Francisco, *Sistema Penal Acusatorio*. Colombia .Editorial Universidad del Rosario. 2005. p.318

formalizarse por escrito, incluyendo un cronograma para la realización del pago y el monitoreo de las partes.[47]

Por último, la restauración debe ser monitoreada para garantizar el cumplimiento del acuerdo. En caso de incumplimiento regresará a los juzgados.

c) *Círculos:*[48]Proceso en el que participan la víctima, el infractor y en su caso, la familia de ambos, sus abogados, así como integrantes de la comunidad afectados e interesados de instituciones públicas (policía, ministerio público, poder judicial, familiares, escolares, etc.), sociales (organizaciones de la sociedad civil) y privadas (cámara de la industria, del comercio, del turismo, etc.) son guiadas por un facilitador, con el fin de procurar la sanación de los afectados por el crimen, así como lograr el compromiso y responsabilidad del infractor promoviendo su enmienda y reinserción social.[49]

Los círculos son métodos restaurativos de resolución de conflictos adaptados de las culturas nativas de los Estados Unidos y Canadá, a partir de la década de los 80´s, cuando funcionarios judiciales y los pueblos de las Primeras Naciones de Yukón promovieron el desarrollo de vínculos entre la comunidad y la vía judicial.[50]

---

[47]Ibíd., p.211

[48]También llamados *Círculos Restaurativos, de Sanación, de Conciliación, de Sentencia, de Apoyo, de Paz o Tratados de Paz.*

[49]PESQUEIRA LEAL, Jorge. Op. Cit.Disponible en sitio web: *Mediación Monterrey*, Recuperado de: <http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/.>
[Consultado 13/11/2016]

[50]En la década de los 90´s, el juez Barry Stuart del Tribunal Territorial de Yukón promovió los llamados Círculos de Sentencia", de las aplicaciones más comunes a dicho método restaurativo es el llamado *Círculo Holístico de Sanación de la Comunidad de las Primeras Naciones de Hollow Water*. En esta comunidad los círculos fueron utilizados para combatir el alto nivel de alcoholismo de la población. Durante el procedimiento, algunos de los involucrados confesaban experiencias tan intimas como el abuso sexual. Lo anterior, promovió a los círculos de sanación como un real medio de abordar el conflicto procurando sanar a la víctima, al victimario y de restauración de la sociedad completa. Disponible en sitio web: *Restaurative Justicie on Line*(Justicia restaurativa en línea) Recuperado de: <http://www.justiciarestaurativa.org/. > [Consultado 11/01/2017]

Como los demás métodos restaurativos de solución de conflictos mencionados anteriormente, los Círculos son voluntarios, es decir, que nadie puede obligar al ofensor a someterse al proceso restaurativo, además gran parte de la recuperación del mismo depende de esa voluntad del infractor para sanar.

Cualquier miembro de la comunidad en los Círculos, ya sea integrante del sistema judicial, hasta cualquier ciudadano interesado en el delito. Todos los presentes, la víctima y su familia, el delincuente y su familia, y los representantes de la comunidad tendrán la oportunidad de expresarse durante el proceso restaurativo.

Los participantes se expresan a medida que se les pasa un objeto que concede la palabra. A medida que dicho objeto pasa por todo el círculo, el grupo debate sobre diferentes temas. Al referirse al delito, los participantes expresarán cómo se sienten al respecto. El ofensor, por su parte, expresará por qué cometió el delito.

Durante el método restaurativo, los involucrados en el Círculo tendrán que desarrollar una estrategia para la restitución del daño causado por el delito. A pesar que los Círculos pueden variar dependen del lugar donde se realicen, pueden identificarse las siguientes fases: En primer lugar, el ofensor debe solicitar voluntariamente y sin presión, la sujeción a dicho método restaurativo; al pasar el asunto a este proceso, el delincuente y la víctima son preparados, se les informa de lo que ocurrirá en el círculo, que tendrán la oportunidad de expresarse y de conocer las experiencias de ambos, así como de las demás personas que participen.

Posteriormente, un círculo de sentencia determinará la respuesta que se espera del ofensor, pudiendo incluir compromisos de la comunidad y miembros de la familia

involucrados y funcionarios judiciales. Por último, un Círculo de apoyo que monitoreará el progreso del acuerdo alcanzado.

d) Asistencia a la Víctima: Como su nombre lo indica, son programas que brindan servicio a las víctimas para ayudarlas a que se recuperen del daño que se les ha ocasionado. Los objetivos que persiguen son:

a) brindar representación legal a las víctimas del delito para que no se presente una situación de olvido por parte del sistema legal;

b) la recuperación de las lesiones físicas y psicológicas y

c) alcanzar una reintegración en la sociedad por parte de la víctima.

Los Programas de asistencia a las víctimas se dividen en dos grandes apartados:

- La defensa de los Derechos de las Víctimas y
- Los servicios de asistencia materiales y psicológicos.

e) Asistencia a Ex Delincuentes: Es claro que a la hora de salir de prisión, la reinserción social para el reo no es fácil, existen múltiples barreras que podrían orillarlo a reincidir. De igual forma, el purgar una condena, no implica la rehabilitación. También los victimarios necesitan de ayuda. Los programas de asistencia al prisionero buscan que la transición de la vida en la cárcel a un miembro activo de la comunidad, no sea difícil. Su objetivo es quitar el estigma social que debe cargar el delincuente para recuperarlo como un ciudadano productivo.[51]

---

[51]Dos ejemplos de programas de asistencia al prisionero son: a) El proyecto de Alternativas a la Violencia (AlternativestoViolence Project,AVP): El cual consiste en seminarios que se centran en el crecimiento de la comunidad y la confianza, al tiempo que desarrollan en los prisioneros aptitudes comunicacionales y la capacidad de resolución de conflictos y b) La Transición de Prisioneros de Detroit ("Detroit Transition of Prisoners" TOP): que es un programa de asistencia pos carcelaria basado en la iglesia, que asiste a ex prisioneros. V. Disponible en sitio web: *Restaurative Justicie on Line*(Justicia restaurativa en línea)- Recuperado de: <http://www.justiciarestaurativa.org/. > [Consultado 03/03/2017]

f) Restitución:[52]Es el pago del ofensor ya sea en dinero, en servicios o en especie para resarcir a la víctima el daño causado por el delito. En nuestra opinión, no nos parece que sea un método de justicia restaurativa en sí, más bien es el resultado de un proceso restaurativo,[53] sin embargo, no podemos negar que el acto de restituir lo que se debe puede generar psicológicamente una satisfacción en la víctima y será un paso importante en la rehabilitación del infractor, además de la contribución para enmendar las relaciones sociales de las partes involucradas.

g) Servicio Comunitario: Es el trabajo realizado por un ofensor en beneficio de la comunidad para reparar el daño causado por sus acciones. El servicio comunitario es más bien un resultado del proceso restaurativo, sin dejar de reconocer que puede tener un poder para rehabilitar al infractor.

h) *La Mediación y el Encuentro:* Este tipo de método restaurativo se basa en el modelo de encuentros desarrollados en Australia; en el valle de Támesis, Inglaterra; y en Leuven, Bélgica, donde la policía trata de acercar a las partes antes de que se presenten acusaciones formales. La idea de desarrollar dichos programas surge de la tradición en mediación de los diferentes sectores de las comunidades mencionadas.[54]

---

[52]Los Mecanismos de Restitución se encuentran previstos en códigos de antiguas civilizaciones. En el Código de Hammurabi, las víctimas tenían derecho a recibir pago por determinados delitos contra la propiedad. La Ley de las Doce Tablas prescribía el cronograma de pagos en caso de robo de propiedad. En el caso de delitos violentos, codificaciones de Medio Oriente, como el código Sumerio de Urnammu y el Código de Eshnunna establecían la restitución. Por su parte, los "viejos de idea" en la comunidad indígena de Aguarama en el del Perú, ya contaban con juntas de las familias involucradas en conflictos para determinar una restitución de los dañado. BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*. República Dominicana. Editorial Escuela Nacional de la Judicatura. 2006. p.88

[53]La restauración de la restitución es en verdad, su resultado que es la reparación del daño sufrido por la víctima, lo que por supuesto es beneficioso. Pero para que pueda potenciar toda su capacidad restaurativa es necesario que sea producto de una mediación, reunión restaurativa, etc., pues es ahí donde existe la posibilidad de dialogar y comprender al otro. LLANOS Ramiro. *Justicia Restaurativa" en el Sitio.* Recuperado de:<http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos/.> [Consultado 05/02/2017]

[54]Ibíd., Recuperado de:<http://www.justiciarestaurativa.org/.>

i) Conciliación Post-judicial: Este tipo de conciliación consiste en reunir a las víctimas con los ofensores, para que entre ellos, estudien si han podido superar las consecuencias del delito. Se evaluará si el infractor ha tenido una transformación durante su encierro, así como buen comportamiento, si coopera con las demás personas recluidas, si se está capacitando o estudiando, es decir, se verifican todas las condiciones existentes para determinar si en realidad, está apto para salir de la cárcel y mantenerse dentro del orden fuera de ella. De igual forma se evalúa a la víctima, para determinar si ha podido superar el impacto psicológico del delito.

2.2.1.3.5. Fines de la Justicia Restaurativa:

Si tomamos en cuenta que la Justicia Restaurativa se construye sobre la premisa fundamental del delito, podríamos establecer que una de las finalidades de esta Justicia es reparar los daños causados por la conducta del ofensor. Entre otros están los siguientes: satisface a la víctima, reduce los costos, permite la desjudicializacion, persigue reinserción del adolescente, disminución de la pena. De esta forma, la justicia no debe reducirse a la idea de pena justa o control del crimen, siendo que además, debe velar por la satisfacción de la víctima, quien a partir del ilícito sufre el menoscabo de sus derechos, bienes, integridad física, moral o psicológica por lo que a través de mecanismos restaurativos se buscara resarcir el daño causado. De otra parte la implementación y aplicación de la justicia restaurativa va dirigida a reducir el número de expedientes, costo en la aplicación de la justicia. Además descongestionará y reducirá la población penitenciara, para algunos autores como Neúman, las cárceles son “universidades

donde se enseñan nuevas técnicas para delinquir "[55]. Es claro que al privar de su libertad a las personas se lesiona derechos. Por lo que la finalidad principal de la justicia restaurativa es la disminución de la aplicación de las penas formalmente establecidas por el derecho penal, y facilitando la reinserción de la persona menor de edad a la sociedad.

2.2.2. Fundamento constitucional

2.2.2.1. Justicia restaurativa en Perú.

Un elemento central para avanzar en el reconocimiento y la aplicación de la justicia restaurativa en nuestro país, nace justamente a partir del mismo artículo 1° de la constitución política del Perú, que reconoce la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad… (…)[56].La "dignidad" es una calidad inherente a la persona, en cuanto esta es simultáneamente libre e idéntica a sí misma. La libertad y la identidad sustentan la dignidad del ser humano. El ser humano posee dignidad porque, siendo libre, es un ser espiritual, y además, por el hecho de que, a pesar de que todos los seres humanos son iguales, no hay dos idénticos. Es esta dignidad inherente a su ser el sustento de los derechos fundamentales de la persona humana.[57]

Sobre ello se debe Tener en cuenta que el menor es una persona en desarrollo, por lo que será necesario limitar, garantizar y adecuar la respuesta penal del Estado a la fase evolutiva del niño. En esa línea refiere Piaget[58] el desarrollo psíquico que se inicia con el nacimiento y finaliza en la edad adulta es comparable al

[55]NEUMANN, F: Behemoth. *Pensamiento y acción en el nacional-socialismo,* México D.F .Fondo de CulturaEconómica,1943, p149
[56]Constitución Política del Perú, Art. N°01, 1993.
[57]Gaceta Jurídica. *Constitución política comentada*.
[58]PIAGET, J11. *El nacimiento de la inteligencia en el niño,* Madrid: Editorial Aguilar, 1998, p.130

crecimiento orgánico y al igual que este consiste en una marcha hacia el equilibrio. Menciona además que el desarrollo es un progresivo equilibrarse, un continuo pasó de un estado menos equilibrado a un estado superior de equilibrio.

Por lo que cada una de las etapas evolutivas establecidas por Piaget se caracteriza por la aparición de estructuras originales, cuya construcción la distingue de las etapas anteriores. Así cada etapa constituye, mediante las estructuras que la definen, una forma particular de equilibrio, y la evolución mental se efectúa en el sentido de una equilibración cada vez mejor. A cada momento la acción que realiza los niños y adolescentes conlleva un desequilibrio por las transformaciones que surgen en el mundo (exterior o interior) y cada nueva conducta consiste no sólo en restablecer el equilibrio, sino también en tender hacia un equilibrio más estable que el del estado anterior a esta perturbación.

2.2.2.2. La Psicología evolutiva como base constitucional.

En palabras de Piaget,[59]el recuerdo opera como un hecho contemporáneo, es en el presente, en el hoy cuando volvemos a vivir la experiencia recordada, o la experiencia tal y como creemos que ocurrió. Sobre ello se funda la Psicología evolutiva de Jean Piaget, esta corriente o escuela de la psicología que estudia la evolución psíquica de las personas desde su nacimiento hasta la madurez.

Por tanto explica el grave daño Psicológico que se causaría a un menor si este es internado en un centro de rehabilitación a temprana edad. El resultado que se obtendría sería desfavorable, pues este podría ser tal vez no su primera ves; sino convertirse en una de las muchas veces, esto debido a la estigmatización a muy

[59]PIAGET, J. *Memoria e inteligencia*. Argentina. Editorial. El ateneo, 2000, p.133

corta edad. Sobre ello, el estado debe eliminar la sanción como respuesta automática a la comisión de un ilícito penal e introducir criterios de enjuiciamiento y medidas que resuelvan la infracción sin llevar al menor a un proceso judicial excluyente y discriminador, tomando en cuenta las condiciones personales, familiares y sociales del niño.

Por lo que toda intervención debe estar basada en el respeto a la dignidad del niño, evitándose toda forma de degradación o sometimiento, fortaleciendo el respeto de sus derechos y libertades. En ese sentido la Constitución Política del Perú en su artículo 4º prevé que "la comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad".

Sobre ello Víctor Hugo Montoya Chávez[60], dice: es necesario advertir la diferencia entre lo parece decir la norma en un sentido literal, y lo que ella significa, constitucionalmente hablando. Agrega además que, las disposiciones de derecho fundamental son enunciados lingüísticos de la constitución que los reconoce a favor de la persona, pero sabiendo que mientras las normas son los sentidos interpretativos atribuibles a esas disposiciones, las posiciones de derecho fundamental son las exigencias concretas que al amparo de un determinado sentido interpretativo válidamente atribuible a una disposición de derecho fundamental se busca hacer valer (TC/S- Materias Pensionarias, 24). Y en tales posiciones es donde el artículo 04° debe encontrar su efectividad y validez

[60] MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo, *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes* Edición 2007,Lima .Editorial GrileyEirl, 2007,p.9-10

Este dispositivo constitucional no hace más que ratificar la obligación primera del Estado de proteger al niño, entendiéndose como tal incluso al concebido, conforme lo estipulado por el numeral 2) del artículo 2º de la Carta Fundamental[61] y el artículo 1º del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, en atención a su condición de persona humana demandante de especial cuidado y protección, tanto para la satisfacción de sus necesidades vitales, como para el logro de su realización integral.

Ahora bien, resulta importante destacar que la Corte Suprema de Justicia del Perú por el III Pleno Casatorio Civil recaído en la Casación Nº 4664-2010 PUNO, ha establecido como precedente judicial vinculante lo siguiente: En los procesos de familia, como en los de alimentos, divorcio, filiación, violencia familiar, entre otros, el Juez tiene facultades tuitivas y en consecuencia debe flexibilizar algunos principios y normas procesales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4º y 43º de la Constitución Política del Estado. Flexibilizar implica que el Juez que conoce de un proceso en el cual se encuentra involucrado un niño debe partir por internalizar que el caso sometido a su conocimiento debe ser considerado como *problema humano* y que por ende merece especial atención y consideración. El Código de los Niños y Adolescentes incorpora dicha obligación en el artículo X de su Título Preliminar.[62] La ratio legis de la norma es que el juzgador vaya más allá de la mera aplicación de la Ley, toda vez que de por medio se encuentran

[61]Artículo °2. Derechos fundamentales de la persona. *Toda persona tiene derecho: (...) 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*

[62]Artículo X. Proceso como problema humano. *El Estado garantiza un sistema de administración de justicia especializada para los niños y adolescentes. Los casos sujetos a resolución judicial o administrativa en los que estén involucrados niños o adolescentes serán tratados como problemas humanos.*

seres humanos que directa o indirectamente sufren las consecuencias del enfrentamiento familiar; de allí la necesidad de que la solución a la controversia se funde, además de lo que resulte más beneficio para el niño inmerso en la Litis, en el reconocimiento expreso de su derecho a vivir en el seno de su familia y mantener con el padre o madre con quien no convive las relaciones interpersonales necesarias a fin de asegurar su desarrollo integral.

2.2.2.3. Interés superior del niño como bloque de constitucionalidad reconocido en el artículo 4° de la Constitución Política.

Por lo que, es necesario precisar que conforme se desprende la Constitución, en todo proceso judicial en el que se deba verificar la afectación de los derechos fundamentales de niños o menores de edad, los órganos jurisdiccionales deben procurar una atención especial y prioritaria en su tramitación. En efecto, como uno de los contenidos constitucionalmente protegidos del artículo 4º de la Constitución se establece que "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente (...)", haciendo que la preservación del interés superior del niño y del adolescente sea una obligación ineludible de la comunidad y principalmente del Estado.

En este marco se ha venido a entender por interés superior, a todo aquello que favorezca su desarrollo físico, psicológico, moral y social para lograr el pleno y armonioso desenvolvimiento de su personalidad[63]. Desarrollado tal contenido, el Código de los Niños y Adolescentes ha precisado en el artículo IX que *"En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los*

[63] MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo, *Derechos fundamentales de los niños y adolescentes* ,Edición 2007,Lima, Editorial Griley Eirl, 2007,p.50

Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". Tal atención debe prestarse por los órganos jurisdiccionales, como se desprende de la propia Norma Fundamental (artículo 4º), debe ser especial en la medida en que un niño o un adolescente no se constituye en una parte más en el proceso sino una que posee características singulares y particulares respecto de otras. (…).[64]

El Principio del Interés Superior del Niño conforma el Bloque de Constitucionalidad a que se refiere el artículo 4º de la Constitución Política del Estado, plasmado en el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, y supone la supremacía de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de colisión con otros derechos o intereses, sujetándose sobre la forma como en el fondo a los derechos de los niños, niñas y adolescentes recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño y en el Código de los Niños y Adolescentes.

Por lo que este principio forma parte de la premisa central de que no existe un solo modo de entender el Derecho y el de administrar justicia, es decir, que no solo el Estado tiene la capacidad de hacerlo, sino fundamentalmente la sociedad –siempre y cuando ello no implique vulneración de otras garantías constitucionales–, razón por la que el pluralismo jurídico implica el reconocimiento expreso de que es la sociedad y no el Estado la fuente principal de

[64]Sentencia N° 03744-2007-PHC/TC La Libertad. Caso José Luis Ñiquin Huatay.

legitimidad del Derecho, previsto en el artículo °149, el mismo que permite que las comunidades nativas y campesinas puedan aplicar su derecho consuetudinario, ejercitando funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre que no vulneren derechos fundamentales.

Y donde se incorpora el reconocimiento constitucional al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión, elevando a rango constitucional además, la existencia y validez plena de la jurisdicción indígena originaria campesina. Normas todas que reconocen expresamente diversas formas o modos de entender el Derecho y administrar justicia, rompiendo con el monopolio del Estado. Y finalmente se debe apuntar que la misma Constitución reconoce en su artículo 2 inc. 24 literal d)[65] el viejo y conocido adagio: "Lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido", por lo que la aplicación de mecanismos propios de la filosofía restaurativa pueden ser efectivamente aplicados.

2.2.3. EL CONFLICTO PENAL

2.2.3.1. Teoría del Conflicto.-

El derecho penal por esencia y por regla general regula conflictos inter partes, así la pareja criminal (victima- victimario) emergen con la adecuación, típica de una conducta a una hipótesis conductual prevista en una ley. Así desde la aparición del hombre sobre la faz de la tierra, se suscitaron innumerables hechos, empezando por sucesos bíblicos, como la muerte de Abel por parte de su hermano Caín hasta nuestra actualidad observándose crímenes de violación, asesinatos,

[65] Constitución Política del Perú .Art.2 inc. 24 literal d)Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

robo, estafa y otros. Desde entonces hasta ahora el tema central de los procesos ha sido el solucionar el conflicto

De esta manera se entiende el conflicto no como un fenómeno natural, sino social, pues es inherente a la condición de ser humano inserto, presentándose en diferentes niveles, como puede ser interpersonal y el intrapersonal. El Conflicto que realmente interesa, no es el intrapersonal, sino fundamentalmente el conflicto *interpersonal*, pues éste es el que afecta al hombre y su relación con los demás miembros de la sociedad; es cierto finalmente que el conflicto no fue el mismo en cada espacio, tiempo e historia; el conflicto de orden penal varía y su tratamiento también[66]

Históricamente, la solución a los conflictos penales, no fueron el proceso, fue en sus inicios su autocomposición, para luego pasar a su Hetero-composición a través de un tercero, pasando por la conciliación, la mediación, el arbitraje y la presencia del Juez en el proceso. Es así, que todo sistema de justicia – que se corresponde con los parámetros que un Estado Democrático de Derecho- impone, ante la constatación (prueba) de un conflicto, la reparación de la lesión del ofendido.[67]

En la justicia penal antigua, la víctima tenía un papel preponderante en la sustanciación de las causas y cuando decidía poner en marcha los organismos colectivos de resolución de conflictos, su opinión trazaba la vía de la reparación. Sin embargo, la aparición de la persecución penal pública o estatal en el siglo XIII provocó la exclusión de uno de los protagonistas del conflicto: la víctima. En

[66]HURTADO POMA *Juan Rolando. Los acuerdos Reparatorios y la justicia restaurativa en el nuevo proceso pena*l, Lima. Editorial Grijley, 2011, p.18
[67]HURTADO POMA Juan Rolando Óp. Cit.p.19

palabras de CANCIO MELIÁ, "la víctima vive un papel marginal, confinada a una consideración puntual como "sujeto pasivo" o incluso como "objeto material" del delito".[68] Es que el derecho penal moderno ha generado la "neutralización de la víctima", en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto.[69]

2.2.3.2. Fuentes del Conflicto Penal.

El conflicto Penal, tiene una sola fuente, la comisión u omisión de un delito o de una falta debidamente tipificada en la ley penal; algunos intentan sostener que el Conflicto tiene varias fuentes como son los hechos, los escasos recursos, las necesidades humanas, los valores, las relaciones interpersonales y la estructura de donde parte el conflicto como la familia, la sociedad y el Estado; yo considero que el conflicto penal, solo tiene una fuente de derecho penal contenida en el Código Penal, si un ciudadano no ha incurrido en ninguna conducta descrita en algún tipo penal como delito o falta, tendrá cualquier tipo de conflicto, pero no conflicto penal; ergo hablamos de conflicto penal solo cuando hay un delito, el cual tiene que ser abordado en su solución total.[70]

2.2.3.3. Elementos del conflicto penal

El Conflicto Penal, tiene los siguientes elementos:

a) **Situación conflictiva,** en el cual los intereses de las partes no son coincidentes pero si interdependientes, es decir, se dan entre las partes en conflicto, objetivos incompatibles. Se puede encontrar en el conflicto penal:

- Partes Primarias (que son la víctima y el victimario)

68CANCIO MELIÁ, Manuel, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima imputación a la víctima, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p.9
69CANCIO MELIÁ, Manuel, Op. Cit.p. 9
[70] HURTADO POMA, Juan Rolando Op. Cit.p.20

- Partes Secundarias (que son los herederos de la víctima en caso de muerte)
- Terceros (por ejemplo los terceros civilmente responsables, en algunos delitos).

b) Actitudes conflictivas, las personas que están involucradas en un conflicto de orden penal tienen temores, dudas, insatisfacciones y posiciones e intereses percibidos como contrapuestos. Aquí encontramos tres aspectos básicos.

Percepción: cada una de las personas aprecia la realidad de diferente manera, lo que a menudo genera problemas; es por ello que en una situación conflictiva, las partes desarrollan una serie de procesos que distorsionan la imagen de la contraparte o la realidad y asumen posiciones de víctimas frente a la otra.

Emoción: éstas son fuertes condicionantes de las acciones y actitudes, son una variante constante en una situación de conflicto. Es evidente que la carga emotiva de los conflictos produce un agravamiento, hacia una confrontación cada vez más hostil. Generalmente las partes vienen con una carga emotiva o afectiva producto de una historia conflictiva previa.

Comunicación: si esta es defectuosa produce peligrosos malos entendidos. Debido a que las partes tienen que ver las cosas desde sus propias perspectivas y además, quieren manifestar sentimientos y puntos de vista tratando de convencer al otro o imponiéndose para que sus argumentos sean aceptados, los conflictos suelen entramparse.

c) COMPORTAMIENTOS CONFLICTIVOS, el involucrado frente a un conflicto de orden penal pueden asumir diferentes comportamientos y

muchas veces negativos. Son ellas precisamente las acciones llevadas a cabo por una parte con el fin que la otra modifique o abandone sus objetivos.

Las Actitudes de las personas protagonistas del conflicto, sus estilos, estrategias y tácticas han sido objeto de estudio en el campo de la psicología, encontramos los siguientes patrones:

1.- Competir, imponer, forzar (consiste en persuadir al otro para que acepte su solución, amenazarlo, imponer sanciones, etc. Mantenemos una posición firme hasta lograr un ganador – perdedor). Varios litigantes ingresan con esa posición en el proceso penal, *"Señor Fiscal, sino quiere pagar, que siga el juicio…."* Son expresiones frecuentemente escuchadas.

2.- Inacción, (evitar la acción retirarse; se decide no hacer nada, pues no se desea satisfacer sus intereses ni la otra parte satisfaga los suyos; aparentemente vivimos en un clima de tranquilidad, pero existe un conflicto latente). No hay interés en que se satisfaga su interés afectado, ni hay interés que otro lo satisfaga, por tanto, hacen que el conflicto penal siga latente en su tratamiento.

3.- Acceder, ceder, acomodar (es decir, que una de las partes es condescendiente con la otra y desea satisfacer sus intereses, sin tener en cuenta los propios, puede producirse por razones desinteresadas y altruistas o por razones instrumentales, se accede para obtener un beneficio posterior).

4.- Transigir, convenir, negociar (busca un punto medio en la satisfacción de los intereses, es decir, por lo menos una parte de los intereses y necesidades de ambos serán atendidas). **5.-** Resolver el comportamiento es colaborativo

entre las partes a fin de buscar una solución que satisfaga al máximo sus intereses, se obtiene un ganador – ganador (normalmente no debe haber perdedor). En el conflicto penal, es difícil entender que habrá ganador – ganador, lo cual es propio en todo tipo de conflicto menos en el penal; pues si un agraviado por una lesión es resarcido, siempre queda la huella aunque sea psicológica de la insatisfacción.[71]

2.2.3.4. Formas de solución de conflictos

Históricamente, las formas de solución de conflictos son tres:

1.- La autodefensa: los conflictos son solucionados por la *"acción directa"* de las partes. El afectado es juez y parte, responde a una forma primitiva y privada de hacerse justicia por la propia mano respecto a los conflictos de orden penal; una autodefensa hoy en día no solo es repudiable por los avances de la civilización, sino que el mismo hecho de hacerse justicia por propia mano, ya constituye un nuevo delito conforme al Código Penal.

2.- La autocomposición: Es otro sistema de solución de conflictos, donde sólo la voluntad de las partes involucradas en él va a ser lo único que ponga fin al antagonismo. Esa voluntad puede ser unilateral como el caso del allanamiento y el reconocimiento, el desistimiento o bilateral como la transacción y la conciliación, en el cual las soluciones son planteadas en forma horizontal y con bastante aceptación por los sujetos comprendidos en el conflicto penal. Todas ellas están dirigidas por la *"acción civil"* y por tanto lícitas en nuestro medio

[71] HURTADO POMA Juan Rolando Óp. Cit.p.120-123

.**3.- La heterocomposición:** tiene como característica esencial la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes debe decidir sobre el conflicto penal, en ejercicio de la llamada potestad jurisdiccional. El tercero representativo de la heterocomposición es el Juez, quien opera a través del proceso judicial. Las soluciones impuestas generan lo que se denomina como *"cosa juzgada"* y responden a un proceso previo sistematizado, formal y cuando no la solución frecuentemente no es de beneplácito de las partes, pues la solución es vertical, dado que el Juez ejerce la *jurisdictio* es decir, declara el derecho pues tiene el poder de la jurisdicción.

Indudablemente, el hombre no ha llegado a éstas formas de resolución de conflictos en pocos años, sino que ha sido todo un proceso evolutivo, desde la autodefensa, pasando por la autocomposición y arribar a la Hetero-composición, se han devenido muchas etapas, todas ellas en el tratamiento y el ejercicio de la acción penal, señalaré fundamentalmente las que aparecen a continuación.

2.2.3.5. Privatización de la acción penal: Origen.-

La mayoría de los autores del siglo XIX han concluido en que el origen del Derecho Penal fue la venganza de sangre ejercida sin límites ni medida por una familia contra otra; El rudimentario Derecho Penal en la era prehistórica, era ejercida como respuesta automática frente a la violación de los tabúes, basado en un carácter religioso o expiatorio, de naturaleza social, objetivo y, por ende, extensivo al grupo familiar; una vez alcanzado un grado de madurez psicológico y lógica, el hombre comenzó a justificar el castigo en la venganza. Que tenía cierto grado de proporción y concordancia con el daño producido. La primera

institucionalización de esta venganza se llevó a cabo a través de la religión; de allí derivan la Ley del Talión y otras formas similares de justiciar normativamente la retribución penal; este sistema supuso una moderación de la venganza, a la que se limitó en una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido: *"ojo por ojo; diente por diente",* según la ley mosaica.

El avance de la civilización en su intento por eliminar la subjetividad e irracionalidad de la venganza por mano propia, acabó por construir al Estado, a través de la respuesta penal, con el propósito de evitar abusos e injusticias. El castigo dejó de aplicarse directamente en nombre del particular ofendido por el crimen, de su familia o clan, y éstos constituyeron sólo la excusa para que el Estado aplicara el castigo para su propia satisfacción, sin tener en miras el resarcirlo.

Las sanciones cambiaron completamente su naturaleza. Dejaron de ser una forma de satisfacer el daño producido a una víctima concreta, y pasaron a ser un castigo impuesto por el Estado y para el Estado. El suplicio, la mutilación y la muerte fueron formas comunes de ese castigo, y con el correr del tiempo, la prisión apareció como una manera de humanizar la retribución penal.[72]

2.2.3.6. El derecho penal público.

La estabilización de la respuesta penal en reemplazo de la venganza privada, hizo que el Derecho Penal adquiriera el carácter de Derecho Público, y como tal actúa independientemente aún de la voluntad de la víctima; el grueso de los delitos son de acción pública, es decir, que el titular de la acción penal es el Estado, que la

[72]HURTADO POMA Juan Rolando Óp. Cit.p.25-26

ejerce a través del órgano jurisdiccional destinado para tal efecto. El Estado al ejercitar el Monopolio en el ejercicio de la Acción Penal, no solo proscribe la venganza privada, sino que se irroga esa facultad a través del proceso, es el que hará venganza por el privado.

2.2.3.7. La prisión frente a los medios alternativos de solución de conflictos.

En el mundo moderno ya tenemos la tendencia del "abolicionismo" surgida en Europa a partir de los trabajos de Foucault, Baratía, Hulsman, Pavarini, etc., supone una crítica a la existencia del Derecho Penal. El Abolicionismo penal constituye un conjunto heterogéneo de teorías, doctrinas y actitudes unificadas por la negación de cualquier clase de justificación o legitimidad externa de la intervención punitiva sobre la desviación, por parte del Estado, pues este constituye una amenaza para la libertad individual, pues los delitos son establecidos por el propio Estado que impone las penas; pero el ejercicio del *"iuspuniendi"* (a cargo del Poder Judicial) y del propio *"ius persiquendi"* (a cargo del Ministerio Público) se puede apreciar que se olvidan de proteger los derechos de las víctimas.

La única alternativa válida que se encuentra para solucionar el problema es sustituir a la prisión, en los casos de crímenes de escasa entidad, por medios de satisfacción a la víctima como resarcimientos pecuniarios, trabajo en su favor, etc., que signifiquen castigos más civilizados que la prisión y se apliquen de manera efectiva; por consiguiente se entiende que la mejor solución es, nuevamente, reemplazar a la prisión como medio de castigo, por formas de satisfacción a la víctima.

2.2.4. Sistema de justicia penal juvenil

2.2.4.1. Antecedentes.-

La jurisdicción especializada para menores de edad tiene su origen en los años finales del siglo XIX (1899), que es la culminación de un proceso de reforma que comenzó a inicios de dicho siglo y que significó la superación de criterios que sometían a los menores de edad que cometían un hecho punible a los juzgados y procedimientos de los adultos. Extendiéndose en las primeras décadas del siglo XX, América Latina.

En dicho contexto se desarrollaron las siguientes doctrinas

- *Doctrina de la Situación Irregular*, cuya característica central era concebir al menor de edad como un sujeto pasivo de la intervención jurídica protectora estatal, como un objeto de tutela y no un sujeto de derechos, sobre ello refiere Bustos Ramírez: "..., la ideología de la situación irregular convierte al niño y al joven en objeto, y no en sujeto de derechos, en un ser dependiente, que ha de ser sometido a la intervención protectora y educadora del Estado"[73]. Ello originó la vulneración de un conjunto de derechos del menor en los procesos judiciales, ya que el menor de edad era considerado irresponsable penalmente e inimputable. En tal contexto, las garantías propias de un proceso penal no le eran aplicables, a pesar de que lo que se aplicaba era una sanción hacia el menor.
- *Doctrina de la protección integral*, esta surge tras las críticas fundadas a la anterior doctrina, debido a la afectación de derechos de los menores.

[73]BUSTOS RAMIREZ, Juan *Perspectivas de un derecho penal del niño.* Buenos Aires.-Argentina /A. Editores del Puerto,1997, p.58

En este sentido se dio forma a esta nueva doctrina, que reconoce al menor de edad como sujeto de derechos.

2.2.4.2. Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Establece los derechos del niño como una categoría específica dentro de los derechos humanos. Dicho instrumento internacional es el marco que debe orientar el desarrollo de las legislaciones nacionales sobre la materia. Asimismo, permite medir el estado de respeto de los derechos del niño. Los postulados más importantes de la Convención y de la Doctrina de la Protección Integral[74] son:

- El cambio de visión del niño: de objeto de compasión y represión a un sujeto pleno de derechos.
- La consideración del principio del interés superior del niño, que sirve como garantía, norma de interpretación y/o resolución de conflictos; y como criterio orientador de las políticas públicas referidas a la infancia.
- La inclusión de los derechos de los niños en los programas de derechos humanos.
- El reconocimiento al niño de derechos y garantías en los casos en los que se encuentre en conflicto con la ley, especialmente la ley penal.
- El establecimiento de un tratamiento distinto a los niños abandonados de los infractores de la ley penal, separando la aplicación de una política social y una política criminal.
- El establecimiento –ante la comisión de una infracción– de una serie de medidas alternativas a la privación de libertad, que debe ser una medida excepcional y aplicarse por el mínimo plazo posible.

[74]BRAVO GAMARRA, Deysi. E. *El adolescente infractor en el Perú*, .Lima Editorial Jurista editores, 2014, p.63

En materia de infracción de las normas penales por un niño, la Convención aborda su responsabilidad penal priorizando su condición de «sujeto de derechos» y la aplicación del «Interés Superior del Niño». Por ende, prioriza y dirige la intervención estatal hacia un fin educativo y socializador, debiendo desarrollar el proceso con todas las garantías del debido proceso y con la finalidad de reparar a la víctima.

La Doctrina de la Protección Integral los niños, considera a los menores sujetos de derechos, y no objetos del derecho, es decir, serán personas con capacidad de responder por sus actos, de acuerdo a su edad y madurez. La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados miembros a adecuar su legislación interna. En el caso del Perú, se aprobó el Código de los Niños y Adolescentes (Decreto Ley Nº 26102)[75], el cual fue posteriormente revisado (Ley N° 27337)[76].

2.2.4.3. Característica del Sistema Penal Juvenil

2.2.4.3.1. Enfoque garantista

La Doctrina de la Protección Integral se basa en una concepción Punitivo-Garantista, que ha configurado lo que se ha denominado sin eufemismos un Derecho Penal Juvenil. En esa línea FERRAJOLI conceptúa al *Garantismo* como un modelo de derecho fundado sobre la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y sobre los vínculos impuestos a estos para garantía de los derechos consagrados en las constituciones[77]. En tal sentido este *Garantismo* es sinónimo de Estado constitucional de derecho, que trae como resultado la elaboración de las paredes maestras del Estado de derecho que tiene por

[75]Este Código fue promulgado el 24/12/92, pero recién entró en vigencia el 28/06/93.
[76]Fue promulgado el 21/07/2000.
[77]FERRAJOLI, L.- *Garantías y derecho penal.* En: SOTOMAYOR ACOSTA, J. *Garantismo y derecho penal*, Bogotá., Editorial Themis, 2006.p.140

fundamento y fin la tutela de las libertades del individuo frente a las variadas formas del ejercicio arbitrario del poder[78].

La nota común del *Garantismo*, tanto en el derecho penal como el procesal, es el respeto por las garantías fundamentales del ciudadano, así como la necesaria racionalidad de la intervención penal. De esta forma, la pena debe ser considerada como prevención del delito, en lo que el *Garantismo* ha dado en denominar derecho penal mínimo.

En este sistema las garantías penales de taxatividad, materialidad, lesividad y culpabilidad, hasta las procesales de la presunción de inocencia y el contradictorio, no son más que las técnicas encaminadas a minimizar la violencia y la potestad punitiva, que no es otra cosa que reducir lo más posible la esfera de los delitos, los espacios de arbitrio judicial y la aflictividad de las penas.

Como anotamos anteriormente, desde esta perspectiva el niño o adolescente recobra su categoría de persona y se le reconoce su dignidad. Ello implica que el Estado debe encontrarse a su servicio, pero también el niño debe responder por sí mismo, pues tiene capacidad de respuesta especial. Y son los siguientes:

1. **El niño como sujeto de derecho penal juvenil.-**

Se considera que a partir de determinada edad, la única forma coherente de hacer frente a hechos delictivos realizados por un niño (adolescente en nuestra legislación) es utilizando el criterio de la responsabilidad (contra la irresponsabilidad que postula la Doctrina de la Situación Irregular), sin que ello implique exigirle la misma responsabilidad del adulto.

[78]BOBBIO, N. En su Prólogo a *Justicia y razón,*1997, p.10

En ese sentido sólo a partir de tal afirmación se le puede reconocer todas las garantías que debe tener una persona al ser sometida a un proceso judicial. Considerar al niño como inimputable e irresponsable, hizo que se le conciba como un ser débil, incapaz, que requería de protección.[79].

En este sentido, la Convención indica el artículo 40°, inciso 3°, literal a), según el cual los Estados deben señalar una edad mínima antes de la cual la persona no tiene capacidad para infringir la ley penal. Asimismo considera como menor de edad a toda persona menor de 18 años, debajo del cual se debe establecer una franja de responsabilidad especial con dos categorías: Una, en la que el niño tiene una responsabilidad especial por sus actos, siendo el límite máximo la mayoría de edad. Otra, en la que el niño no tiene capacidad para realizar actos tipificados en la ley penal, siendo inimputable e irresponsable.

El principio de doble garantía.-

Se debe reconocer al niño todas las garantías aplicables a los adultos, más aquellas que son propias de su edad y su condición de persona en desarrollo. Ello se fundamenta en los postulados de la Doctrina de la Protección Integral y el principio del interés superior del niño**.**

2.2.4.4. Sistema penal juvenil en el Perú.

En nuestro país, la Doctrina de la Situación Irregular tuvo vigencia normativa durante treinta años con el Código de Menores de 1962.[80].El salto cualitativo hacia la Doctrina de Protección Integral, se produjo con la ratificación de la

[79]LOPEZ OLIVA, Mabel; ROSSI, Julieta. *La responsabilidad de la persona menor de edad que infringe la Ley Penal*. En: Separata de Estudio del Curso Adolescentes en conflicto con la ley penal. Programa de actualización y perfeccionamiento. Academia de la Magistratura - Centro de Estudios y Acción para la Paz (CEAPAZ). Lima, mayo de 1998.p.40

[80]Proyecto Justicia Penal Juvenil ILANUD/Comisión Europea. *Sistema penal juvenil en el Perú Recuperado*<http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con2_uibd.nsf/57DFD241FE3DA801052577850079854F/$FILE/Informe_Defensorial_51._El_sistema_penal_juvenil[1].pdf> [consultado el 22/01/2017]

Convención sobre los Derechos del Niño el tres de agosto de 1990, mediante Resolución Legislativa N° 25278 y luego, con la puesta en vigencia del Código de los Niños y Adolescentes en junio de 1993. Este Código ha sido derogado por la Ley Nº 27337 publicada el 7 de agosto del 2000, que puso en vigencia el Nuevo Código de los Niños y Adolescentes, que mantiene también la orientación establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Y consecuentemente a ello con la aparición de acciones delictivas cada vez más sofisticadas de grupos organizados, determinaron la reacción del Estado a través de la expedición de normas que modificaron sustancialmente el vigente Sistema Penal Juvenil.

Así, se adoptó una opción político criminal abiertamente retribucionista, que incrementó las sanciones y restringió las garantías del ciudadano

2.2.4.4.1. El sujeto activo en el sistema de justicia penal juvenil peruano

En nuestro país, siguiendo el criterio más uniforme de la legislación comparada, se ha optado por establecer un solo parámetro para adquirir tanto la capacidad civil, política y penal. Así, de acuerdo al artículo 42º del Código Civil, la capacidad plena para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere a los 18 años. Del mismo modo, de conformidad con el artículo 30º de la Constitución Política del Estado, la ciudadanía se adquiere a la edad antes mencionada.

En materia penal, el inciso 2° del artículo 20º del Código Penal establece que sólo es sujeto de responsabilidad el mayor de 18 años. Esta última disposición, guarda concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 1º dispone que el límite entre la minoría y la mayoría de edad sean los

18 años. En consecuencia, desde el punto de vista normativo, será inimputable la persona que no supere dicho parámetro cronológico en la fecha de la comisión del ilícito penal.

Ahora bien, en el caso específico de los menores de edad, el Código de los Niños y Adolescentes en concordancia con la Convención, ha optado por establecer dos grupos etarios en su artículo I del Título Preliminar:

Los niños; que comprende desde su concepción hasta los 12 años, siendo absolutamente irresponsables por la infracción de una norma penal y quienes serán pasibles de medidas de protección establecidas en los artículos 184º y 242º del Código de los Niños y Adolescentes.

Los adolescentes; que comprende a las personas entre los 12 hasta antes de cumplir los 18 años de edad, quienes están sujetos a una responsabilidad penal juvenil y son pasibles de medidas socioeducativas señaladas en el Código luego de un proceso judicial.

2.2.5. Justicia juvenil restaurativa en Perú.

2.2.5.1. Aproximación Histórica.-

El Perú cuenta con una población aproximada de 30 millones de habitantes, de los cuales el 36.3% son menores de edad. Al igual que otros países de la región, presenta índices significativos de violencia e inseguridad ciudadana. El importante crecimiento económico que ha experimentado en la última década, ha venido acompañado, también, de un aumento sustancial de la violencia urbana, sobre todo de la criminalidad.[81]

[81]El INEI implementa desde el 2010 una Encuesta Nacional de Programas Estratégicos, donde uno de los temas es la seguridad ciudadana. Los datos a los cuales hacemos referencia provienen de encuestas realizadas a personas de 15 o más años de edad del área urbana nacional, esto es, de centros poblados de más de 2 mil habitantes.

Entre otros datos relevantes, el INEI informa que el 90% de las personas detenidas en el Perú son hombres, entre los 18 y 30 años de edad (79%), y que los detenidos menores de edad representan sólo el 4.7% del número de los detenidos adultos. Sin embargo, llama la atención el aumento sustancial de las detenciones de adolescentes: de 1,285 adolescentes detenidos en el 2005 se ha pasado a 4,749 en el 2013, lo que representa un incremento del 269% (INEI, 2014, p. 93).

Por otro lado, según el Observatorio de la Criminalidad del Ministerio Público[82] las denuncias de infracciones cometidas por adolescentes (2008-2010), en este periodo se incrementaron en 28.8%, pasando de 13,537 infracciones registradas en el 2008 a 17,426 en el 2010. Las infracciones cometidas por adolescentes denunciadas con mayor frecuencia son aquellas contra el patrimonio, que representan el 40% del total de las infracciones8; contra la libertad, que ascienden a un 29.5%9; y contra la vida, el cuerpo y la salud, que representan el 19.5%10. Las infracciones denunciadas que más se han incrementado en estos últimos años son las que afectan la vida, el cuerpo y la salud: 46.4% (Observatorio de la Criminalidad, 2011, pp. 23-24).

Sobre esa base se desarrolló un el proyecto de justicia juvenil restaurativa que se realizó 2005, en el distrito de El Agustino (Lima) y en el distrito de José Leonardo Ortiz (Chiclayo)[83], asumiendo el carácter de proyecto piloto; esto es, un proyecto

[82]Se ha tomado en cuenta el registro de denuncias de delitos e infracciones del Ministerio Público. Debe tenerse en cuenta que el número de denuncias no refleja la situación real, ya que un número de hechos delictivos no son denunciados, principalmente por la desconfianza en las instituciones del sistema de justicia.

[83]Se eligieron los distritos de El Agustino, en Lima, y José Leonardo Ortiz, en Chiclayo, porque se buscaba zonas con alta incidencia de infracción juvenil, donde se pudiera demostrar y validar la

cuya intención es extenderlo a otras zonas del país, luego de su validación. El proyecto fue concebido y diseñado a partir de un diagnóstico realizado por la Fundación Terre des Hommes - Lausanne (Suiza), y una planificación estratégica realizada con la participación de los representantes de los distintos sectores del Estado y la sociedad civil involucrados en la justicia juvenil. Para su implementación se estableció una alianza con la Asociación Encuentros, Casa de la Juventud, asumiendo responsabilidades compartidas en su ejecución.

El Proyecto de Justicia Juvenil Restaurativa no sólo asumió una función supletoria del Estado en algunos aspectos fundamentales como la defensa pública, la asistencia técnica e interdisciplinaria a los operadores de justicia, el seguimiento a los programas socioeducativas o la mediación, que favorecieron un mejor y adecuado funcionamiento del sistema de justicia juvenil en El Agustino y Chiclayo; además de ello, al incorporar el enfoque restaurativo, le imprimió un carácter diferente.

Logrando que el sistema de justicia funcione adecuadamente, protegiendo los derechos de los adolescentes que han infringido la ley penal; sino que se hizo tal énfasis en algunos elementos que le han prestado hasta cierto punto un carácter restaurativo. Entre ellos tenemos la des-judicialización a través de la mediación y la prestación de servicios a la comunidad.[84]

Por lo que de manera general a finales del último siglo, que la Convención de los Derechos del Niño (1989) había hecho del niño un sujeto de derechos a tratar

---

experiencia. La idea motivadora era la siguiente: si funciona en El Agustino, puede funcionar en cualquier distrito de Lima; y si funciona en José Leonardo Ortiz, en cualquier distrito del norte del Perú.

[84]VÁSQUEZ BERMEJO ,Oscar Guillermo.Tesis: Las políticas públicas y los adolescentes en conflicto con la ley penal. posibilidades y limites en la aplicación de la remisión fiscal en el Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. p. 146.

como tal, aun si había cometido delitos, y aun si había cometido delitos muy graves. Entre un enfoque paternalista y un enfoque puramente punitivo, había sitio para otro tipo de acción penal, el llamado justicia restaurativa.

Hay que decir que los derechos del niño puestos en evidencia por la Convención, pero completados por numerosos instrumentos internacionales (particularmente las Reglas de Beijing, de Riad y de La Habana), fijaron un nuevo marco normativo que se impone a los Estados con reglas claras.

2.2.5.2. Formas de justicia restaurativa en Perú.

2.2.5.2.1. Proceso evolutivo.

2.2.5.2.1.1. Código procesal penal.

En la actualidad existen en nuestro Código Procesal Penal Peruano normas que habilitan la posibilidad de prescindir de la persecución penal, estas normas habilitadoras derivan de lo que se ha denominado *Nuevo Paradigma de Justicia restaurativa o Justicia Reparadora*, entre ellas podemos encontrar al principio de oportunidad o criterios de oportunidad, los Acuerdos reparatorios, terminación anticipada y la conclusión anticipada entre otros. Esté y otros principios se perfilan como una excepción al principio de legalidad consagrado en la Constitución y, como regla general, en la ley procesal penal.

Desde luego tras la incorporación de este tipo alternativas de solución de conflictos. Se ha logrado la celeridad en la solución de problemas conflictivos obteniendo resultados favorables en las personas que se sometieron a dicho proceso. Sin embargo, puede afirmarse que existe una tendencia internacional en

el Derecho Penal de adultos, bajo la influencia del Derecho Penal Juvenil, al reconocimiento de la reparación como causal que da lugar al archivo del proceso o bien a prescindir o atenuar la pena[85]. A pesar de lo anterior, debe reconocerse que la extensión de la admisión de la justicia restaurativa en el Derecho Penal de adultos, no llega a tener la amplitud que presenta en el Derecho Penal Juvenil[86].

En tanto Montero Aroca refiere que uno de los criterios para justificar estas formas aproximadas de justicias restaurativas *radica en la concepción política que proclama la libertad del ciudadano para decidir tanto qué relaciones jurídicas materiales contrae como la mejor manera de defender los derechos subjetivos que cree tener*[87]

Estos criterios de oportunidad o un Acuerdo reparatorio entre otros. están en función a la pena privativa de libertad, aunque el legislador, considera que todos no merecen el encarcelamiento, sino que establece otras alternativas para algunos delitos, así, las multas, trabajos de utilidad social, arresto de fin de semana, arresto domiciliario e inhabilitación; éstos delitos son los que se atacan con los Criterios de Oportunidad en especial con el Principio de Oportunidad, empero, los Acuerdos reparatorios son más atrevidos, pues casi todos los delitos enumerados en el ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP, no se refieren a aquellas penas tan mínimas, sino se refieren a penas casi todas a penas privativas de

---

[85] RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela (Compiladora), *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

[86]LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*. En: TIFFER SOTOMAYOR, Carlos/LLOBET RODRÍGUEZ, Javier/DÜNKEL, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, Editores Ilanud, 2002, p.397-400

[87] MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad*. *Ensayo polémico sobre el nuevo Proceso Penal*. Pamplona – España .Editorial Civitas Thomson. Primera Edición, 2008, p.317

libertad, el legislador en tal sentido ha incrementado la discrecionalidad reglada para el Fiscal, quien es el funcionario que por excelencia tiene que manejar adecuadamente el *ius persiquendi*. Todo ello desde una óptica nueva que tiene que ver con una justicia restauradora.

Desde la implementación del nuevo código procesal penal y mucho antes de ello, se fue incorporando institutos procesales alternativos en la solución de conflictos, marcando de esta forma la génesis de un nuevo sistema acusatorio, que a la par permitieron simplificar el proceso antes de judicializarlo o después de iniciado.

La importación de las nuevas instituciones, como los Criterios de Oportunidad, ha conseguido de manera incontrastable humanizar y agilizar el procedimiento penal. Implementación de los mecanismos de justicia rápida, entiéndase que es un derecho fundamental ser juzgado dentro de un plazo razonable. Al promulgarse el Decreto Legislativo N° 638 cuando el 27 de abril de 1991, dispuso entre otras instituciones que se aplique ya el Principio de Oportunidad, tratando de plasmar una ley que busque justicia y paz, en especial se de una atención rápida a los conflictos y la atención oportuna del derecho de las víctima; *aquella disposición fue el inicio de una justicia restaurativ*a que es el nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología, desde el conocimiento axiomático del daño que causa la conducta a las personas y comunidades, se insiste que la implementación de los mecanismos de justicia restaurativa presentan como ventaja esencial que a las partes les permite participar en este proceso que hace que ellas mismas auto compongan sus divergencias.

Estas salidas alternas están llevando al sistema a una concepción restaurativa de la justicia, propone *"restaurar"* la armonía social, recomponer los lazos humanos y sociales rotos, en vez de castigar y provocar nuevas rupturas, y aspira a superar el paradigma retributivo con un afán por mirar más hacia el futuro que hacia el pasado. También la Justicia reparadora se aleja de contenido disuasorios, en la medida que se aspira a superar la dinámica punitivista e incapacitadora, e incluso rehabilitadora, propia de las sanciones penales convencionales, a favor de una dinámica generadora de buenas relaciones, mutualismo, paz y bienestar, que sublime los instintos de venganza en sentimientos positivos hacia los otros y un reforzamiento de la autoestima y que permita ver en la responsabilidad del infractor una oportunidad para ponerlo en una posición de confianza y participación en la comunidad.

2.2.5.2.1.2. Código de los niños y adolescentes y la Remisión.

La Remisión está prevista en la legislación peruana, específicamente en el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337), promulgado el 2 de agosto del 2000, en los artículos 204, 206 y del 223 al 228[88]. El Decreto Supremo Nº 008-2006-MIMDES[89], publicado en el diario oficial El Peruano el 28 de julio del 2006, regula en específico la aplicación del artículo 206 del Código de los Niños y Adolescentes en cuanto a los Programas de Orientación al adolescente para el cual se ha dispuesto la Remisión y la supervisión que corresponde ejercer al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES), antes denominado PROMUDEH.

[88]Código del niño y adolescente
[89] El Decreto Supremo Nº 008-2006-MIMDES.Públicado en el diario oficial El Peruano el 28 de julio del 2006

La Remisión es la separación del proceso judicial del adolescente que ha cometido una infracción a la ley penal que no reviste mayor gravedad, con el objeto de evitar o eliminar los efectos negativos que un proceso tendría para él, procurando darle orientación especializada dirigida a corregir su conducta y contribuir a su desarrollo personal y social.

La Remisión se respalda en la Convención sobre los Derechos del Niño, suscrita por casi todos los países del mundo, incluido el Perú. La Convención establece en el artículo 40, apartado 1, que los Estados 1.

La REMISIÓN Definición legal de ADOLESCENTE Para efectos legales, se considera adolescente a toda persona desde los 12 años hasta cumplir los 18 años de edad, de acuerdo a lo establecido en el Artículo I del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

Esta definición guarda perfecta concordancia con el Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El concepto de niño usado en la Convención abarca hasta los 18 años cumplidos; por tanto, incluye al adolescente.[90]

Reconocen "el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales (…) a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad".

El mismo artículo, en el apartado 3, señala que "los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes,

[90]*Guía metodológica de la remisión*. Recuperado de:http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/documentos/Reglamentos/guia%20metodologia%20de%20la%20remision.pdf [consultado el 10/01/2017].

procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales", permitiendo "siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales". El apartado 4 del mismo artículo dice que "se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción". La remisión es tratada con amplitud en las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing.

El objetivo fundamental de la Remisión es rescatar al adolescente que ha cometido una infracción que no es grave. Quiere evitar que el adolescente ingrese al círculo vicioso que con frecuencia se abre al dictarse una sanción judicial. En otras palabras, la Remisión quiere cumplir eficazmente con la garantía establecida en el artículo 191 del Código de los Niños y los Adolescentes: "El Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar".

Así mismo con la Remisión se benefician: • El adolescente, porque se le brinda la oportunidad para realizarse como persona útil a la sociedad. • La familia, porque se recompone la unidad familiar y mejoran las relaciones entre el adolescente y sus padres. • La sociedad, porque gana un ciudadano responsable que contribuye al desarrollo de la comunidad.

En consecuencia para hablar de Remisión, es necesario: • Que exista una infracción a la ley penal que no revista gravedad. • Que el sujeto de la infracción a la ley penal sea un adolescente. • Que el adolescente consienta en cumplir el Programa de Orientación dispuesto para él. Asimismo, junto con los criterios anteriores, la autoridad deberá tener en cuenta los antecedentes del adolescente y su medio familiar.

Finalmente el efecto jurídico básico de la Remisión es hacer que el adolescente quede excluido del proceso que se le sigue o que se le pudiera seguir por haber cometido una infracción a la ley penal. En consecuencia, no se le abre proceso o éste queda extinguido. Otro efecto jurídico importante se relaciona con la responsabilidad penal del adolescente. En efecto, la aceptación de la Remisión no implica para el adolescente el reconocimiento de la infracción que se le atribuye. Tampoco genera antecedentes en su contra[91].

2.2.5.2.2 Normatividad sobre salidas alternativas de conflictos en Perú.

Encontramos que el Artículo 1302 y el Artículo 1303 del Código Civil de 1984, dispone que las partes, bajo concesiones recíprocas y/o acuerdos, decidan sobre algún asunto dudoso o litigioso, al extremo que podían transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito. Obviamente el acuerdo de los sometidos al conflicto penal, no hacía de modo alguno enervar el *ius persiquendi* .El acuerdo que es el sustento de la Transacción tenía un solo ámbito, el Civil.

[91]*Guía metodológica de la remisión.* Recuperado de:http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/documentos/Reglamentos/guia%20metodologia%20de%20la%20remision.pdf [consultado el 10/01/2017].

Así también el Decreto Legislativo N° 638[92] instituyo por primera vez la institución del Principio de Oportunidad, muy similar a los ACUERDOS REPARATORIOS, aquel está vigente en nuestro país desde hace veintiséis años sus éxitos son relativos.

Sumándose a ello la Ley N° 28117[93]para reforzar la institución del Principio de Oportunidad, incrementa las posibilidades de una salida alterna al proceso penal, creando a los ACUERDOS REPARATORIOS ya con nombre propio y apartándose del Principio de Oportunidad, aunque ambas instituciones siguen siendo regulados en el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 638; los acuerdos reparatorios quedaban circunscritos a los delitos de Lesiones Leves, Hurto tipo simple y Apropiación Ilícita; y en todos los Delitos Culposos; ésta norma fue la partida de nacimiento de los acuerdos reparatorios como institución independiente, con causas y efectos muy propios.

Finalmente el Código Procesal Penal, promulgado por el Decreto Legislativo N° 957[94], en el artículo 2 se reconoce expresamente al Principio de Oportunidad y a los acuerdos reparatorios, éste ya no solo circunscrito a los delitos de hurto, lesiones leves, apropiación ilícita y delitos culposos; sino también aplicable a los delitos de hurto de uso, hurto de ganado, apropiación irregular, fraude en la administración de personas jurídicas, daños tipo simple y libramiento indebido, es decir, su tabla se incrementó a otros delitos; y pese a la enumeración taxativa, deja la posibilidad de incrementar otros delitos, cuando se afecte *"bienes jurídicos*

[92] Publicado en el Diario Oficial *"El Peruano"* del 27 de Abril del año 1991.
[93] Publicado en el diario oficial El Peruano el 10 de diciembre del año 2003.
[94] Publicado en el diario oficial El Peruano el 22 de julio del año 2004.

disponibles". Esta es la última norma vigente y que se viene aplicando a todos los distritos judiciales en las que está vigente el Nuevo Código Procesal Penal.

2.2.5.2.3. La justicia restauradora y su enfoque hacia la víctima.

La Victimología, esta puede ser definida como la ciencia multidisciplinaria que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimación y desvictimación. Concierne pues a la victimología el estudio del modo en que una persona deviene víctima, de las diversas dimensiones de la victimación (primaria, secundaria y terciaria) y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales, tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima.

La Victimación, es el proceso por el que una persona sufre las consecuencias de un hecho traumático; en ese sentido para entender ello, debemos distinguir dos dimensiones del mismo, por una parte, la consideración de los factores que intervienen en la precipitación del hecho delictivo o traumatizante; por otra parte, el impacto de tal hecho sobre la víctima, eso es, el modo de vivir la experiencia de la victimación y el conjunto de condiciones de las que el impacto del hecho depende. Básicamente encontráremos a víctimas de riesgo y víctimas vulnerables; la literatura victimológica se ha centrado en la primera dimensión, esto es el estudio de la experiencia individual, subjetiva y relativa culturalmente, el estudio de la víctima en tanto fenómeno complejo, obliga a considerar los factores de carácter individual, social y cultural que determinan el hecho de llegar a ser víctima que, por otra parte, condicional y modulan el modo de vivir la referida experiencia.

En un sistema de Justicia restaurativa se tiene que comprender la existencia de una *victimación primaria* la persona que sufre, de modo directo o indirecto, daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo o acontecimiento traumático, los daños no se limitan a la afectación al bien jurídico, sino que alcanza a los daños psíquicos derivados de los delitos.

Por ejemplo sexuales, ajenos a la ofensa contra el bien jurídico libertad sexual, o de delitos patrimoniales como el robo en el domicilio; la *victimación secundaria* constituye el conjunto de costos personales que tienen para la víctima de un hecho delictivo su intervención en el proceso penal en el que éste es objeto de enjuiciamiento, por ejemplo los interrogatorios policiales o judiciales, la exploración médico forense o el contacto con el ofensor en el juicio oral y hasta el tratamiento informativo por los medios de comunicación masiva; la *victimación terciaria* es el conjunto de costos de la penalización sobre quien la soporta personalmente o sobre terceros, este concepto tiene que ver con la idea de que los costos del delito sobre las personas y sobre la sociedad deben ser ponderados con los costos de la penalización del infractor para él mismo, para terceros o para la misma sociedad. Todos éstos aspectos los tiene que asumir una *justicia restaurativa* si se pretende que la víctima no sea tratada solo simbólica, sino con verdadera intención de lograr su reintegración de la víctima en la *sociedad.*

2.2.5.2.4. Derechos de las víctimas en el nuevo proceso penal

Encontramos:

- **Información,** el derecho a la información sobre la evolución de la causa penal derivada del hecho punible sufrido, sobre sus posibilidades de participación, para el caso peruano está previsto en el artículo 95°, ordinal 1°, inciso a) del NCPP;
- **Participación,** Los derechos de participación se manifiestan en diversas exigencias por ejemplo facilitar medios de prueba, derechos cuya realización efectiva puede articularse a través del derecho a mostrarse parte y a constituirse en acusación particular; se impide la confrontación visual entre el imputado y la presunta víctima o el careo en caso que ésta sea mayor de edad, no debe haber la posibilidad de acordar que la declaración de las víctimas especialmente vulnerables no se reproduzca en el juicio oral si ello, oídas las partes, no se estima necesario para los fines del proceso, exigen una reforma legal[95]; un capítulo fundamental es el referido al cambio cultural tiene que ver con el desarrollo de la justicia reparadora, en su manifestación más divulgada, este nuevo paradigma es la mediación penal; también éste derecho se encuentra reconocido en el artículo 95° ordinal 1°, inciso b).
- **Protección,** el artículo 8 DM establece el deber de los Estados de proteger a las víctimas en lo que respecta a su seguridad e intimidad, siempre que exista un riesgo grave de represalias o claros indicios de una intención

[95] TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma. *La protección del menor víctima de abuso sexual en el proceso Penal*. Pamplona, 2002, p. 138.

clara de perturbar la vida privada; el NCPP, también reconoce éste derecho en el Artículo 95° ordinal 1°, inciso c);

- **Asistencia,** La asistencia se proyecta más allá de los estrictos causes del proceso penal. Ejemplo derecho a la asistencia letrada, pues incluye cualquier otro tipo de asesoramiento, referido a su papel en las actuaciones.
- **Reparación** la victimología reclama un concepto amplio de reparación. La reparación penal no puede identificarse con el contenido de la responsabilidad civil derivada del delito, de esta manera la Reparación Civil no puede ser considerado como una tercera vía, junto a las penas y las medidas de seguridad, tal como lo propone Roxin[96].

En ese orden de consideraciones, en el ordenamiento penal peruano la reparación a la víctima no se configura como una sanción, el Código Penal de 1991 ha incluido tímidamente consideraciones de carácter reparatorio (Artículo 78° inciso 3° in fine del C.P.) entre los requisitos para su acuerdo. *Sí se configura la reparación a la víctima o a la sociedad como sanción autónoma*[97]*, podemos ya entender al Principio de Oportunidad y a los Acuerdos reparatorios como una especie de pena, alternativa al de privativa de libertad, con naturaleza restrictiva de derechos, además de incluirla posteriormente entre los sustitutivos a la pena privativa de libertad,* con tal criterio muchos reos en cárcel saldrían libres pero

[95]. TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma, *La reparación a la víctima en el Derecho Penal* (estudio y crítica de las nuevas tendencias político criminales), Barcelona, Editorial Fundación Jaume Callís, 1994, p.131

[97] Situación que así no ocurre, pues el Artículo 92 del C.P. precisa: *La reparación civil se determina conjuntamente con la pena.* De modo tal que la pena no es la reparación civil, ni estaes pena.

tienen que reparar en forma efectiva el daño que han causado y eso sería una pena.

2.2.5.2.5. Acuerdo y consentimiento de la víctima en el conflicto penal.

La doctrina alemana distingue en la Teoría de la Diferenciación al Acuerdo del Consentimiento. Se incluyen en el acuerdo, todos los delitos que se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio, en los que se considera que el consentimiento a la lesión del bien jurídico conduce a la desaparición de la lesividad del comportamiento. En cambio el consentimiento es excluyente de responsabilidad penal a la disposición del bien jurídico por parte de la víctima. Y conforme a las eximentes de la responsabilidad penal, el artículo 20°, ordinal 10° del NCPP, precisa que el consentimiento en ocasiones puede conducir a la exclusión de la responsabilidad penal El *bien jurídico* puede ser de dos categorías si es *individual o colectivo*.

Sobre ello el profesor José Hurtado[98] señala que la noción de bien jurídico, elaborada por Birnbaum, fue introducida por Binding en la sistemática del Derecho penal y transformada por Franz Von List en tema central del mismo, el criterio de éste fue de carácter socio -jurídico; citando a Maurach y Baumann precisa que los bienes jurídicos son los *"intereses jurídicamente protegidos"* que son vitales y propios para la libre autorrealización del hombre relacionado a su entorno social. Existiendo bienes indisponibles como también bienes disponibles, esto es un bien individual o colectivo, si es individual el sujeto puede disponer el bien, si es colectivo no es posible su disposición, pues existen intereses colectivos, difusos o estatales que no permiten al individuo disponer

[98] HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal* Parte General. Lima, 1978, p.5

más allá de lo que individualmente le corresponda. En nuestro país, tenemos una enumeración taxativa respecto a los delitos patrimoniales susceptibles de Acuerdos, como son el hurto, la estafa, la apropiación ilícita, los daños y otros similares y hasta el propio delito de fraude en la administración de persona jurídica.

Los bienes disponibles no ha sido un impedimento para entender que por ejemplo un homicidio culposo tipo simple o base puede ser materia de un acuerdo reparatorio, situación por ejemplo, imposible en el sistema Venezolano que admite el acuerdo solo hasta las lesiones dolosas o culposas y no a las lesiones culposas graves u homicidios culposos[99].En estando de acuerdo con la forma en la que se viene aplicando estas formas de justicia restaurativa , no solo sobre delitos menores, sino también sobre aquellos de mayor relevancia, hace que esta se prolifere y pueda esta ser utilizada antes o después de un proceso, más aún si esta trata de menores.

2.2.5.3. Estudios comparativos con otras legislaciones sobre justicia restaurativa

2.2.5.3.1 Argentina.-

En el ámbito de la justicia penal juvenil se ha promovido la incorporación de la mediación como un procedimiento complementario y no solo alternativo. De esta forma, en el sistema penal para jóvenes victimarios de Argentina la ley 22.278, en su el artículo448, menciona que *"…teniendo en cuenta la modalidad*

[99] El Código Procesal penal venezolano hasta el año 1999 admitía los acuerdos reparatorios para los delitos culposos sin hacer distinción alguna; a partir del año 2OOO, en su exposición de motivos de su COPP declara la improcedencia de los acuerdos reparatorios cuando hay lesiones culposas con resultado muerte o cuando haya lesiones culposas graves.

del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión recogida por el Juez. En este marco es posible considerar que un acuerdo entre las partes, ***o la reparación del daño a satisfacción de la víctima****…"* (Lo destacado no es del original), ejemplo que podría tenerse como una intento de introducción del instituto de la mediación-reparación en la legislación argentina mediante la consagración del principio de oportunidad procesal.

Así como muchos otros países del globo, Argentina incluyó en su legislación las pautas de la Convención sobre los Derechos del Niño por lo que se dio cabida la mediación reparación como solución alternativa a las penas y medidas de seguridad[100].En el año 2000, siguiendo hacia una derecho menos retributivo para las personas menores de edad, se elaboró un proyecto de mediación penal juvenil y se redactó el proyecto de ley sobre el Régimen Legal aplicable a Personas Menores de 18 años Infractoras de la Ley Penal en el cual se establece el principio de oportunidad reglado y la conciliación, proyecto destinado a modificar el régimen penal juvenil, incorporando el instituto de la mediación50. Dicho cuerpo normativo en su artículo 1051 señala:

"Mediación. El juez podrá cuando lo crea conveniente de oficio o a petición de la defensa del niño o del fiscal, autorizar, previo acuerdo de estos, que algún servicio público o privado habilitado a tal efecto, procure un acercamiento entre el niño y quien aparezca como víctima del delito que se le atribuye. Si esta

[100]**Art. 40.3.b de la Convención mencionada señala:** "Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: ... b. Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

mediación diera como resultado una composición del conflicto entre ambos, incluso a través de la reparación del daño causado, o el compromiso asumido por aquel o sus padres de repararlo podrá disponerse el archivo de la causa".

Este tipo de mecanismos permiten la introducción de los principios restaurativos a la legislación argentina lo cual es un reflejo de la realidad que se ha venido viviendo en los últimos años a nivel latinoamericano.

2.2.5.3.2. Chile

Es a partir del año 2000, con la reforma procesal penal que se vislumbran los primeros elementos de justicia restaurativa en sistema penal chileno. La reforma incorpora como salidas alternativas al conflicto penal, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios institutos que obedecen a la necesidad de descongestionar el sistema, impulsando soluciones anteriores al juicio, hasta un mayor reconocimiento del interés de la víctima en cierta categoría de delitos menores, donde aparece más conveniente a sus intereses, que el conflicto sea resuelto de un modo distinto al juicio.

El acuerdos reparatorio, constituyen el primer y único antecedente, actualmente vigente, de la evolución en Chile de un sistema retributivo a uno con elementos restauradores.

En cuanto a la materia penal juvenil mediante la Ley 20.084[101] denominada la Ley de Responsabilidad del Adolescente del 6 de junio de 2007, incorpora el modelo de responsabilidad penal. Este cuerpo normativo en su artículo 10 habla de la reparación del daño, la cual consiste en "*la obligación de resarcir a la víctima el perjuicio causado con la infracción, sea mediante una prestación en dinero, la*

[101]Ley de responsabilidad del adolescente, Ley Nº 20.084 del 06 de junio del 2007. Chile. Recuperado de: http://www.bcn.cl/leyes/244803. [Consultado 22/01/2017]

restitución o reposición dela cosa objeto de la infracción o un servicio no remunerado en su favor. En este último caso, la imposición de la sanción requerirá de la aceptación previa del condenado y de la víctima".

Esta es una de las posibles sanciones a las que se expone una persona menor de edad al momento de cometer algún delito menor o contravención , ya que la ley en su artículo 102 inciso J señala que el juez podrá imponer al adolescente únicamente como sanciones contravencionales, la reparación material del daño; las disculpas al ofendido o afectado; realizar una servicios en beneficio de la comunidad, de ejecución instantánea o por un máximo de tres horas, sanciones no privativas de libertad que reflejan una naturaleza restaurativa.

2.2.5.3.3. México

Es uno de los países latinoamericanos que en los últimos años incorporó el uso de prácticas restaurativas en su ordenamiento. En el 2001, mediante ley se reformo el artículo 20 de la Constitución Mexicana, con el fin de promover el uso de la justicia restaurativa dentro de la legislación mexicana. Estas enmiendas a la Constitución, no solo permitieron el uso de salidas alternas y de naturaleza restaurativa en el proceso penal, sino que además se reconocieron los derechos de las víctimas dentro del mismo.

De esta forma el artículo 20[102] en lo que nos interesa señala: **"***En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:*

A. *Del inculpado (**I.**-...)*

B. *De la víctima o del ofendido:*

[102]Constitución política de los estados Mexicanos. Constitución federal de 1917 con reformas hasta 2004 (vigente). Recuperado de : <http://pdba.georgetown.edu/constitutions/mexico/mexico2004.html>[consultado 14/02/2017].

I.- *Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informada del desarrollo del procedimiento Penal;*

II.- (…)

III.- *Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;*

Estos cambios dentro de la normativa mexicana, son la base para la creación de medidas alternativas para la resolución de conflictos fuera del sistema penal así como para la reparación de la víctima/ofendido del delito.

Así mismo la Ley de Justicia para adolescentes del Estado de México, del año 2007, también incluyó formas alternativas para finalizar el proceso penal y buscar la reparación de la víctima en aquellos delitos cometidos por personas menores de edad. El artículo 175[103] de la Ley en estudio establece la posibilidad de aplicar una Suspensión del Procedimiento a Prueba en los casos en que la conducta delictiva sea susceptible de reparación del daño.

2.2.5.3.4. Colombia

La Ley 906 de 2004 expidió el nuevo y actual Código de Procedimiento Penal colombiano, el cual desarrolla un capítulo sobre la justicia restaurativa, estableciendo sus definiciones, reglas 30 generales, condiciones para la remisión

[103]Art 175 de la Ley mencionada señala: En los casos en los que la conducta antisocial que presuntamente se atribuya al adolescente esté considerada como grave y sea susceptible de reparación del daño en los términos de esta ley, procederá la suspensión condicional del procedimiento a prueba, a solicitud del Ministerio Público para Adolescentes (…)La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por la conducta antisocial y un detalle de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir el adolescente conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que en su caso pudiera llegar a imponerse o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos (…)".Recuperado de: http://www.ordenjuridico.gob.mx/Estatal/ESTADO%20DE%20MEXICO/Leyes/MEXLEY65.pdf. [consultado 24/01/2017]

de programas de justicia restaurativa, mecanismos. La conciliación pre-procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación, como mecanismos de la justicia restaurativa desarrollados cada uno respectivamente:

Código de Procedimiento Penal Colombiano

Artículo 518. Definiciones.- Se entenderá por programa de justicia restaurativa todo proceso en el que la víctima y el imputado, acusado o sentenciado participan conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo, con o sin la participación de un facilitador.

Se entiende por resultado restaurativo, el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Artículo 519. Reglas generales. Los procesos de justicia restaurativa se regirán por los principios generales establecidos en el presente código y en particular por las siguientes reglas:

1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima y el imputado, acusado o sentenciado de someter el conflicto a un proceso restaurativo. Tanto la víctima como el imputado, acusado o sentenciado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.

2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado con el delito.

3. La participación del imputado, acusado o sentenciado no se utilizará como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.

4. El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.

5. Los facilitadores deben desempeñar sus funciones de manera imparcial y velarán porque la víctima y el imputado, acusado o sentenciado actúen con mutuo respeto.

6. La víctima y el imputado, acusado o sentenciado tendrán derecho a consultar a un abogado.

Articulo 520 Condiciones para la remisión de los programas de justicia restaurativa. El fiscal o el juez para remitir un caso a los programas de justicia restaurativa, deberá:

1. Informar plenamente a las partes de sus derechos, de la naturaleza del proceso y de las posibles consecuencias de su decisión.

2. Cerciorarse que no se haya coaccionado a la víctima ni al infractor para que participen en procesos restaurativos o acepten resultados restaurativos, ni se los haya inducido a hacerlo por medios desleales.

Artículo 521. Mecanismos. Son mecanismos de justicia restaurativa la conciliación pre-procesal, la conciliación en el incidente de reparación integral y la mediación.

2.3.-Definición de Términos.-

Reinserción Social.- Volver a integrar a la sociedad a alguien que estaba condenado penalmente o marginado a través de políticas públicas que debe ofrecer el estado.

Doctrina de la protección integral.- la protección integral de los niños y adolescentes son titulares de todos los derechos humanos, además indivisibilidad

y no jerarquización; exigibilidad de estos derechos, sean individuales o colectivos, de manera tal que resulte directamente aplicable ante cualquier juez o autoridad. La enumeración de los derechos aludidos no excluye a otros que sean necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material del niño y del adolescente y que se derive de su condición de persona[104].

Mediación Penal.- Este es un proceso que provee una oportunidad a la víctima interesada de reunirse con el infractor en un escenario seguro y estructurado, enfrentándose en una discusión del delito con la asistencia de un mediador calificado.

- [104] BRAVO GAMARRA, Deysi. E. *El adolescente infractor en el Perú*, Lima. Editorial Jurista Editores, 2014. p.45.

CAPITULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Resultados doctrinarios.-

3.1.1. Posiciones a favor de la aplicación de la justicia restaurativa.

La revisión doctrinaria del tema de investigación, nos ha dado los siguientes Resultados: Por un lado trataremos las posiciones en favor de la justicia restaurativa; y por otro lado se abordara a los autores en contra de la su aplicación.

En primer lugar Bazemore, Gordon y LodeWalgrave[105] enfatizan que: En la justicia restaurativa se dice que el hecho delictivo se concibe como un quebramiento a la paz. De acuerdo con ello, la justicia restaurativa opera para restablecer esa paz, trabajando por sanar a las víctimas, los ofensores y las comunidades que han sido lesionadas por un crimen, dándoseles la oportunidad de involucrarse activamente en ello, tan pronto como sea posible. Por tanto la idea de la sanación de las heridas causadas por el hecho delictivo tiene un carácter esencial en la justicia restaurativa.

En la justificación de los principios básicos de la ONU para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal de 2002, se expresa claramente esta idea de la sanación de las heridas. Se dice: "Consciente de que este enfoque da a las víctimas la oportunidad de obtener reparación, sentirse más seguras e intentar cerrar una etapa, permite a los delincuentes comprender mejor las causas y los efectos de su comportamiento y asumir una genuina responsabilidad, y

[105]Bazemore, Gordon / Walgrave, Lode, *Justicia Juvenil Restaurativa: en busca de fundamentos y Un esquema para la reforma sistémica*. Es: Bazemore, Gordon / Walgrave, Lode (Editores). *Juvenil Restaurativo Justicia. Reparación del daño de la delincuencia juvenil*.Monsey, WillowTreePress, 1999, pp. 54-57; Van Ness, Daniel / Morris, Allison / Maxwell, *Presentación de la justicia restaurativa*. Es: Morris, Allison / Maxwell, Gabrielle (Editores). *Justicia Restaurativa para Jóvenes*. Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 5-6. En Revista jurídica Ius Doctrinaria Recuperado En http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13602/12922- [consultado el 12-02-2017]

posibilita a las comunidades comprender las causas profundas de la acción delictiva, promover el bienestar comunitario y prevenir la delincuencia" .Asimismo indica que no puede desconocerse que también los victimarios pueden ser afectados por el hecho delictivo, habiendo sido marcados por el mismo.

La justicia restaurativa trata de buscar precisamente la superación de esa situación, permitiendo la superación de las heridas producidas por el hecho delictivo. Para ello dice el autor que la forma tradicional de la mediación autor-víctima, permite el encuentro entre ambos, con la intervención de un experto en mediación, que previamente ha tenido una serie de entrevistas con la víctima y el victimario, procurando que el encuentro cara a cara entre autor y víctima se realice en condiciones de seguridad.

Y acerca del papel del mediador, Joseph Ma. Tamarit y Carolina Villacampa[106] indica, que: El proceso reparador exige una conducción profesionalizada. Para ello resulta clave la figura del facilitador, alguien ajeno al hecho y a las partes que debe preparar con éstas el escenario del posible diálogo, explorar su capacidad y disponibilidad para tomar parte en el mismo y adoptar estrategias que permitan una comunicación que pueda resultar satisfactoria para todas ellas, favoreciendo que ellas mismas encuentren soluciones viables y proporcionadas. Agregando, que, la profesionalidad del facilitador debe dotarle de los instrumentos necesarios para gestionar cada situación concreta en función, principalmente, de las necesidades de la víctima, reforzando su autoestima y evitando contactos que pueden ser dañinos o a los que la víctima se puede ver impulsada por razones exteriores o poco maduradas (presiones del entorno, prejuicios morales).

[106]Tamarit, J. M./Villacampa, C. *Victimologia, justicia penal y justicia reparadora*. Bogotá, Ibáñez, 2006, p.303

En esa línea Javier Llobet Rodríguez[107] dice: Debe resaltarse que la justicia restaurativa es mucho más que una forma de solución de los conflictos producidos por un hecho delictivo, sino que ha sido utilizada con gran éxito para solucionar problemas que se presentan en el ámbito educativo, familiar, laboral y corporativo. Se habla así, por ejemplo, de círculos escolares, que "pueden ser utilizados por maestros y profesores para tratar asuntos de la clase o como un método de aprendizaje", igualmente de círculos de violencia doméstica que "abordan el daño causado en el hogar".

También las ideas de justicia restaurativa han sido muy utilizadas para solucionar problemas en el sistema penitenciario, ello con respecto a las relaciones de convivencia entre las personas privadas de libertad. Agrega a ello que la justicia restaurativa no solamente tiene importancia como una forma de solución de conflictos durante el procedimiento penal, sino también durante la ejecución de la pena privativa de libertad.

Por ello la justicia restaurativa hace referencia en general a una serie de principios en que se basa la misma, pero que los diversos programas existentes presentan importantes diferencias entre sí. Así en los últimos años se ha ampliado el marco en que opera la justicia restaurativa, de modo que diversos programas involucran no solamente a la víctima y al autor, sino también a sus familiares y hasta a la comunidad.

Al respecto se pone mucho énfasis principalmente en la víctima, y tras el surgimiento de la justicia restaurativa se da en el marco del llamado renacimiento

[107]Javier Llobet Rodríguez ,*Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil*,p.15. En Revista jurídica Ius Doctrinaria
Recuperado En <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13602/12922->[consultado el 12-02-2017]

o redescubrimiento de la víctima, que ocurre principalmente a partir de la década de los setenta del siglo pasado.

Y respecto a ello el Grupo de Expertos de la ONU que elaboró en 2002 unos principios básicos para la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal indico: “La justicia restaurativa se había desarrollado en parte como respuesta a la exclusión de las víctimas y procuraba reparar esa circunstancia, pero ese empeño no debía determinar una reducción indebida del papel del Estado en el enjuiciamiento de los delincuentes y en el mantenimiento de la vigilancia y las salvaguardas esenciales durante el proceso.

Era necesario establecer un equilibrio viable entre la influencia del Estado, los delincuentes y las víctimas, tanto en general como en el contexto de cada caso concreto”. Resaltando que, la justicia restaurativa se tiende a enfatizar la preocupación fundamental en la víctima, contraponiendo ello con la atención que le otorga la justicia penal al delincuente.

3.1.1.1. Efectividad de la justicia restaurativa.

Posteriormente, debido al dramático crecimiento y expansión del movimiento de justicia restaurativa en el ámbito criminal se ha visto asociada a programas que se relacionan con criminalidad leve, especialmente en el ámbito de la justicia penal juvenil. Sacar a los niños, particularmente si son autores de delitos leves, del sistema de justicia criminal ha sido visto como una buena estrategia para enfrentar estos conflictos, especialmente para prevenir el comienzo de una carrera criminal.

Al respecto Hudson, menciona "Los jóvenes infractores necesitan desarrollarse en un ambiente alejado del delito, lejos del castigo y la estigmatización que

restringe sus posibilidades de vincularse a otros jóvenes que no delinquen, de encontrar empleo y de asumir responsabilidades familiares y ciudadanas[108]".

En efecto, la existencia de evaluaciones de programas y proyectos que usan la aproximación restaurativa, a la vez de mostrar altos niveles de satisfacción de las partes involucradas, también han registrado impactos en la disminución de la reincidencia. Tal es el caso de estudios realizados en Ohio y Texas, en cuanto a la aplicación de justicia restauradora sobre delitos graves obteniendo resultados satisfactorios, tal y como dice Vid. VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, estudio que ha constatado de forma empírica incontestable[109] la activación de dichos mecanismos en supuestos de altísima victimización arrojando consecuencias y resultados efectivamente reparatorios de altísimo valor, aun cuando éste deba medirse en estos supuestos atendiendo a criterios mucho más cualitativos que cuantitativos.

Sin embargo existen posiciones que todavía dudan de la efectividad en cuanto a la aplicación de la justicia restaurativa sobre delitos graves, manteniéndose en una posición media. En esta línea encontramos a LIDON, José María, cuando refiere: no se alcanza a identificar con claridad porque pueden ser válidas las finalidades restaurativas en un supuesto de infracción menor y, sin embargo, puedan excluirse

[108]HUDSON, B. *Justicia y violencia de genero. Desviación o justicia efectiva*? . Revista Británica de criminología, 2002, p.618

[109] VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: La justicia restaurativa en los supuestos de violencia de género, en la obra colectiva La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones, Granada. Editorial Comares, 2012, pp. 90.(donde se precisa los resultados de los estudios desarrollados en Ohio y Texas en los que participaron 79 víctimas, directas e indirectas, en delitos contra la vida, de graves lesiones y contra la libertad sexual, de las cuales 71 manifestaron un alto grado de satisfacción consecuente a su participación en los programas de mediación diseñados. UMBREIT/VOS/COATES/BROWN: «Victim Offender Dialogue in violent cases: a multisit estudy in the UnitedStates», en Acta Jurídica, 22, 2007, p. 22.)

de forma apriorística en infracciones más graves[110]. Sobre ello se ha establecido que puede darse mayor facilidad, y disponibilidad, de los agentes involucrados a someterse a los mecanismos extraprocesales de mediación restaurativa, de forma voluntaria. Por ello resulta poco sólido que pueda presumirse la ineficacia del sistema reparatorio en un supuesto, por ejemplo, de inexistencia de voluntariedad de las partes.

3.1.1.2. La justicia restaurativa y el abolicionismo.

No obstante la mayoría de los autores con afinidad a la justicia restaurativa, aseveran el fracaso del sistema de justicia criminal a lo largo de la historia para abordar el problema de la criminalidad juvenil. El hecho de que gobiernos y políticos estén permanentemente innovando y proponiendo nuevas panaceas para manejar el conflicto y la constante demanda de los instrumentos internacionales de derechos humanos por alternativas para los jóvenes ofensores son finalmente señales de ello. La cárcel y otras respuestas del sistema penal no han sido ineficaces solamente para disminuir la reincidencia, sino que en muchas ocasiones son un factor que la aumenta, a tal punto que no se ha cumplido con los fines de la pena, esto es la resocialización y /o reeducación de los infractores o sentenciados por algún delito.

En contraste a ello el asiduo defensor de la filosofía restaurativa PEISQUIERA LEAL[111], Jorge indica: que la justicia restaurativa es un sistema democrático del derecho penal de intervención mínima que promueve la paz social y en consecuencia la armonización de las relaciones intrapersonales e interpersonales

[110] LIDON, José María. Justicia Restaurativa, una Justicia para el siglo XXI: Potencialidades y Retos. Editorial Deusto digital-Bilbao,2013.p.116

[111]Pesqueira Leal, Jorge. Óp. Cit en el sitio "Mediación Monterrey. Recuperado en http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/ consultado el [14/02/2017]

dañadas por la comisión del delito mediante la solución auto compositiva a través de atender las necesidades de los protagonistas directos e indirectos del conflicto. En consecuencia, este no pretende el abolicionismo del sistema justicia tradicional, ya que este nuevo paradigma es la columna vertebral del nuevo sistema de justicia. En el que se debe respetar los derechos de los demás, por lo que vendría ser lo más esencial.

Agrega además, que la justicia restaurativa no es un MASC, es una corriente del derecho penal, criminológico, victimologico, penológico, y es muy compleja para encasillarla como mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Esta corriente tiene su base en la escuela clásica (represiva) que se preocupa por la sociedad, y luego de ello la neoclásica (positiva) que se preocupa por el delincuente (terapéutico), y quien se preocupa de la víctima? Allí aparece la justicia restaurativa como corriente o modelo en materia penal, o como escuela de pensamiento jurídico penal que importa a la víctima, delincuente como victimario, e importa la comunidad como generadora de la criminalidad o como víctima de la criminalidad.

Entendiendo con ello que son procesos restaurativos, la mediación, conciliación, y las reuniones restaurativas. Los círculos restaurativos y cualquier forma de proceso restaurativa que tienda a restaurar, sanar, cicatrizar heridas socioemocionales generadas por el conflicto.

Finalmente, la normatividad nacional tiene todos los mecanismos idóneos mecanismos para hacer efectiva su aplicabilidad, teniendo como pilar base a la constitución que reconoce la protección del menor, y consecuentemente las demás normas derivadas de ella que reconocen formas explicitas de justicia

restaurativa, teniendo como ejemplo la remisión del menor en los casos que el código de los niños y adolescentes establezca.

3.1.2. Posiciones en contra de la efectividad aplicación de la justicia restaurativa.

Siguiendo esa línea de posiciones, surgen tras ellos argumentos de exclusión o prohibición de la filosofía restaurativa para determinados tipos de delitos, en particular, los violentos. Esto debido a que afectan derechos fundamentales y principios como el principio de legalidad. Siendo estas causas objetivas para la decisión excluyente de los mecanismos de mediación restaurativa en el caso concreto, como son sobre hechos de mayor relevancia jurídica (violación sexual, asesinato, homicidio etc.).

En efecto sobre ello pueden derivarse límites tanto de la naturaleza del hecho como de las condiciones subjetivas de los que intervienen en el mismo. Del análisis de las opciones de exclusión o de prohibición generales, se puede mencionar que estas carecen de necesario fundamento justificativo en la medida en que el modelo de justicia restaurativa responde a finalidades axiológicas y pragmáticas, para cuya obtención, el tipo del conflicto actúa como objeto no como precondición, es decir busca restaurar valores humanísticos como la reparación del daño utilizando el dialogo de por medio. De esta manera estas limitaciones fueron los cimientos para el desarrollo y crecimiento de este tipo de justicia que busca su aplicación en todos los delitos, sin restricción alguna.

Siguiendo MORENTE MEJÍAS, Felipe y Blas HERMOSO RICO en contra posición de la justicia restaurativa han señalado argumentos, tales como: - La vulneración de la presunción de inocencia (sin embargo, no se debe olvidar que el juez única y exclusivamente ha de basarse en los hechos probados para dictar sentencia, y el que se acuda a un proceso de justicia restaurativa no es medio probatorio alguno de culpabilidad del sujeto encausado);

La escasa transparencia y publicidad de los mismos, lo que puede traducirse en la ausencia de muchas de las garantías mínimas de cualquier proceso judicial; - La falta de imparcialidad del organismo al que se confía las labores de mediación; - La forma de configuración de la solución del conflicto, apartándose de las reglas jurídicas y desembocando muchas veces en la aplicación simple de la lógica de las relaciones de fuerzas económicas y sociales; - Las graves limitaciones que en orden a la eficacia supone la carencia de poderes coercitivos en los sujetos que resuelven, lo que impide dictar medidas cautelares o iniciar procedimientos ejecutivos.[112]

Asimismo otra limitación importante en la aplicación de justicia restaurativa se encuentra en el hecho de que estos no pueden ser obligatorios. Por el contrario, ellos necesitan contar con el consentimiento del ofensor (a veces también de la víctima) para ser llevados adelante. Más aún, requieren que el ofensor no niegue, o bien acepte, responsabilidad en el delito. De esta forma, en todos los casos en que el ofensor niega su responsabilidad, la justicia criminal convencional retiene

[112] MORENTE MEJÍAS, Felipe y Blas HERMOSO RICO, *Introducción. a La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid, Dykinson, 2010. En Nuria Belloso Martín, *El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia*.
Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho. España, p.16-17. Recuperado de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/189/217> [consultado el 20/03/2017].

su tarea determinar si el delito fue cometido y en caso afirmativo, establecer si el imputado es o no responsable.

De otro lado la crítica sobre la reparación del daño, confundiendo así el derecho civil y derecho penal,

Ello es lo que lleva a Juan Marcos Rivero a criticar fuertemente la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño por tratarse de una "civilización" del Derecho Penal, atribuyéndole además a la reparación funciones penales, con lo que se penaliza el Derecho Civil.[113]. Este término no debe ser identificado con el concepto de reparación del Derecho Civil, que envuelva la necesidad de restablecimiento al estado anterior de las cosas y subsidiariamente el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho dañoso, incluyendo tanto los daños materiales como los daños morales.

Debe tenerse en cuenta que la utilización del concepto civil de reparación haría justificadas las críticas de Juan Marcos Rivero, a lo que se une que la reparación en el Derecho Civil no guarda ninguna relación de proporcionalidad con la acción atribuible al sujeto con base en la cual se imputa el resultado dañoso. Sin embargo, el concepto de reparación del que se parte en la justicia restaurativa es

[113] Rivero Sánchez, Juan Marcos. Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal. Granada. Editorial Comares, 2004, pp. 163, 170-185; Rivero Sánchez. ¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal? En: Armijo/Llobet/Rivero. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 85-134. AlbinEser hace referencia a los diversos problemas que implican las nuevas tendencias del Derecho Procesal Penal que llevan a una "reprivatización" del Derecho Penal, lo que conduce a un enfrentamiento con las máximas en que se ha basado. Aun cuando advierte frente a los problemas que ello puede traer, no se pronuncia en contra de ello. Eser. FunktionwandelstrafrechtlicherProzessmaximen: AufdemWegzur "Reprivatisierung" des Strafrechts? EnEn Revista jurídica Ius Doctrinaria Recuperado En <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13602/12922->[consultado el 12-02-2017]

diverso, ya que más bien hace referencia a la sanación de las heridas producidas por el hecho dañoso, lo que puede implicar la reparación meramente simbólica[114].Ello tiene especialmente importancia en materia penal juvenil, en donde por la naturaleza de la delincuencia juvenil las reparaciones monetarias pueden llegar a ser contraproducente.

Por ello y ciertamente en el futuro cercano la aplicación de la justicia restaurativa ocupará en términos generales un espacio, mayor o menor de acuerdo a las circunstancias específicas del contexto, dentro del sistema de justicia penal tradicional.

Discusión: En tanto la aplicación de la justicia restaurativa implica que esta coexista con el sistema de justicia criminal convencional antes que lo reemplacen. Incluso Adicionalmente, debe reconocerse que en general los partidarios de la justicia restaurativa no pretenden la eliminación de la justicia penal[115], por lo que no llegan al abolicionismo de éste, de modo que el sistema penal se mantiene, dejándose que se produzca una desformalización hacia la obtención de una solución al conflicto por la víctima y el autor, a través del diálogo y acuerdo entre ellos. En efecto, no implica que siga existiendo como otra vía el sistema penal tradicional.

Esta es la concepción de la que parte, por ejemplo, el Derecho Penal Juvenil, con base en la Convención de Derechos del Niño y los instrumentos que la complementan, la que no puede ser catalogada como abolicionista, ya que no se pretende la eliminación del Derecho Penal Juvenil y de la imposición de

[114]Tamarit, J. M./Villacampa, Op. Cit. p.310
[115]CHRISTIE, Nils. *Una cantidad sensata de delitos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 120-128.

sanciones a través del mismo, aunque se persigue una restricción de las mismas y búsqueda de alternativas, cuando es posible, a la imposición de sanciones propiamente dichas, fomentándose con ello la reparación del daño[116]

Lo anterior impide que pueda concebirse la justicia restaurativa en forma exclusiva como una forma de satisfacción de la víctima, siendo más bien una tercera vía que se ha creado[117], tendiente hacia la desformalización y desjudicialización de los conflictos penales.

Y respecto a los delitos graves es importante anotar que en general los proyectos de justicia restaurativa tienden a eliminar la posibilidad de aplicación en los delitos de gravedad, ello ya que se considera que sería contrario a la prevención general, lo que no es conforme a la adopción de una concepción abolicionista.

En este sentido con respecto a los delitos graves el Grupo de Expertos que elaboró los principios básicos de la ONU sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, presentada en el año 2002, indicó:

"*Los procedimientos restaurativos debían adaptarse cuidadosamente si se utilizaban en casos de delitos muy graves, cuando no siempre era posible reparar el daño. En esos casos, los procedimientos restaurativos podían constituir un complemento útil del sistema de justicia penal establecido. A menudola mera creación de un expediente veraz sobre los hechos acaecidos suponía importantes beneficios psicológicos tanto para los delincuentes como para las víctimas*

[116]TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*. San José, Editorial Ilanud, 2002, p. 307-367.

[117]BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 129-131; BOVINO, Alberto, La participación de la víctima en el procedimiento penal. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director). Derecho, Proceso Penal y Victimología. Mendoza, Ediciones del Cuyo, 2003, p. 430-432

También, debe resaltarse la importancia que puede tener la aplicación de ideas de justicia restaurativa aun en delitos de gravedad, debiendo considerarse que no necesariamente la aplicación de ideas de justicia restaurativa está asociada con la simple búsqueda de una solución reparadora, que excluya totalmente la imposición de una sanción.

Con respecto a ello en el Primer Congreso Mundial de Justicia Restaurativa Juvenil, llevado a cabo en Lima en 2009 se indicó en las conclusiones:

"*La justicia juvenil restaurativa no debe limitarse solamente a delitos menores o a agresores primarios. La experiencia muestra que la justicia juvenil restaurativa también puede jugar un papel importante en el abordaje de delitos graves. Por ejemplo, en diversos conflictos armados los niños son utilizados como niños soldados y obligados a cometer delitos indescriptibles especialmente contra los miembros de sus propias familias, sus vecinos y sus comunidades. La justicia restaurativa es, con frecuencia, la única forma de generar la reconciliación entre las víctimas y los agresores por igual en una sociedad castigada por la guerra en la que las víctimas de las agresiones sufren al igual que los niños agresores, quienes son forzados a cometer las agresiones. Sin dicha reconciliación, la reintegración de los niños soldados a sus comunidades no será posible, en perjuicio en muchos casos del niño que fue excluido así como de la comunidad que es privada de su fuerza laboral, y con la amenaza de un comportamiento criminal por parte del niño excluido*".

Finalmente, lo esencial a la hora de establecer límites y prohibiciones sobre la justicia reparadora, es garantizar los intereses de las víctima (derecho de

información y consentimiento), siempre previa evaluación individualizada y facilitación de una cumplida información exhaustiva e imparcial sobre el contenido y finalidades del mecanismo restaurativo que permita identificar un libre e informado consentimiento de la persona victimizada que accede a los servicios de justicia reparadora.

3.2. Resultados jurisprudenciales.-

Al respecto no se ha encontrado jurisprudencia explicita sobre justicia restaurativa; sin embargo, existe jurisprudencia sobre formas de justicia restaurativa que se aplicaron a casos respectivamente entre ellos lo siguiente:

3.2.1. Jurisprudencia Nacional.

INFRACCIÓN: HURTO AGRAVADO

Determinación de la remisión por la confesión sincera del infractor atendiendo a sus circunstancias. **Tipo de Infracción a la Ley Penal**: Contra el Patrimonio – Hurto Agravado. • Aplicación de la REMISIÓN. **• Medida Socioeducativa Determinada**: Amonestación. **• Base Legal: Código Penal Peruano. •** Base Procedimental: Código del Niño y el Adolescente y aplicación supletoria del Código de Procedimientos Penales.

Descripción del caso: Se imputa a la Investigada la presunta comisión de la Infracción a la Ley Penal - contra el Patrimonio Hurto Agravado, en grado de tentativa, en agravio de Tienda por departamento ZY, puesto que habría intentado sustraer dos muñecas valorizadas cada una en S/189.00 nuevos soles, pagando solo la cantidad de S/.79.80 nuevos soles por ambas. Las

etiquetas habrían sido cambiadas momentos antes. Al ser advertido el hecho por personal de seguridad se procedió a intervenirla.

Hecho típico: Que la infracción se encuentra comprendida dentro del tipo penal signado en el artículo 185 (Hurto), inciso 6 del primer párrafo (Concurso de dos o más personas) del artículo I86 (Hurto Agravado) en grado de Tentativa, del Código Penal vigente. **Valoración para la decisión**: Se tiene en cuenta la confesión sincera de la investigada señalando que es la primera que comete estos hechos y que se encuentra arrepentida, que fue solo con la intención de comprarle juguetes a su hija. Se indica que es completamente viable la aplicación de la Remisión ya que los hechos no revisten gravedad y ha quedado en grado de tentativa. Por otro lado, la Justicia Penal Juvenil debe tener en cuenta los antecedentes, el entorno familiar y medio social de la adolescente, pero al mismo tiempo debe dictar la medida correspondiente al momento de aplicar la remisión (ya sea de protección o socio educativa) que el caso amerite, con excepción de la medida de Internamiento.

• **Decisión:** Se Concede La Remisión a la adolescente, por presunta infracción a la ley penal contra el Patrimonio - Hurto Agravado, en grado de tentativa, en agravio de Tiendas ZY. Se procede a aplicar la Amonestación como medida socio educativa a la precitada adolescente.[118]

[118]Ministerio de justicia y Derechos Humanos. *Compilación de jurisprudencia en justicia penal juvenil*. p.16.
Recuperado en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/Compilaci%C3%B3n-de-Jurisprudencia-en-Justicia-Penal-Juvenil.pdf> [consultado el 13/02/2017]

INFRACCIÓN: HURTO AGRAVADO – TENTATIVA.

Determinación de remisión por reconocimiento de infracción y circunstancias especiales del menor. **Tipo de Infracción a la Ley Penal**: Contra el Patrimonio –Hurto Agravado en grado de tentativa. -Aplicación de la REMISIÓN.-**Medida Socioeducativa Determinada**: Amonestación. **Base Legal**: Código Penal Peruano. • Base Procedimental: Código de Niño y Adolescente y aplicación supletoria el Código de Procedimientos Penales.

Descripción del caso: Se imputa al Investigado la presunta comisión de la Infracción a la Ley Penal contra el Patrimonio - Hurto Agravado, en grado de tentativa, en agravio de la víctima a quien se le arrebató un celular agrediéndola en el brazo. En el momento en que el investigado se daba a la fuga apareció un patrullero de la policía. Durante la persecución, el investigado ingresó a una casa que tenía la reja abierta y tiró el celular, siendo luego intervenido y conducido a la comisaría.

Hecho típico: Que la infracción se encuentra comprendida dentro del tipo penal signado en el artículo 185 (Hurto), inciso 6 del primer párrafo (Concurso de dos o más personas) del artículo 186 (Hurto Agravado) en grado de Tentativa, del Código Penal vigente.

Valoración para la decisión: En la Diligencia Única de esclarecimiento de los hechos, la defensa del investigado solicita la Remisión del proceso, al amparo del Principio del Interés Superior del Niño ya que, como se aprecia en la declaración del investigado, este ha reconocido su participación en los hechos. Existe, entonces, una confesión de parte del investigado quien ha señalado además que es la primera vez que se ve involucrado en hechos de

esta naturaleza tal como se verifica en el informe de la Corte Superior de Justicia. Se solicita la remisión del proceso con el fin de no crear un efecto o impacto negativo en el investigado.

El Juzgador deberá tener presente el interés superior del adolescente y el proceso como problema humano, por el que atraviesa el niño o adolescente. Lo más importante es la preocupación por la atención integral a los menores. Por ello, se les otorga prioridad social y se compromete a favor de estos la acción preferente por parte de las autoridades del Estado. Este principio se sustenta en el respeto a la persona humana, consagrado en los artículos primero y tercero de la Constitución Política del Estado, así como también en las normas internacionales pertinentes.

Decisión: Se Concede la Remisión a la adolescente, por presunta infracción a la ley penal contra el Patrimonio - Hurto Agravado, en grado de tentativa, en agravio de la víctima; y se procede a aplicar la Amonestación como medida socio educativa a la precitada adolescente..[119]

Discusión: En ambos casos se tuvo presente el Interés Superior del Adolescente y el proceso como problema humano, por el que atraviesa un niño o adolescente, siento estos principios los pilares de la doctrina, de la preocupación por la atención integral a los menores que otorga prioridad social y compromete a favor de estos la acción preferente por parte de las autoridades del Estado. Siendo el caso que este principio se sustenta en el respeto a la persona humana, consagrado en los artículos 1° y 3° de la

[119]Ministerio de justicia y Derechos Humanos. *Compilación de jurisprudencia en justicia penal juvenil*. P.18
Recuperado en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/Compilaci%C3%B3n-de-Jurisprudencia-en-Justicia-Penal-Juvenil.pdf> [consultado el 13/02/2017]

Constitución Política del Estado, así como también en las normas internacionales pertinentes, como son el artículo tercero de la Convención de los Derechos del Niño, así como las reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicia de Menores, norma que también incluye la Institución de la Remisión. En efecto, la consagración de este principio en las normas nacionales e internacionales que lo reconocen como tal, no hacen más que impartir justica con rasgos restaurativos. Pero que sin embargo, no se trata como tal. Si estuviera objetivamente plasmado en las normas nacionales, estos prevalecerían para hacer uso prioritariamente antes de someter al menor a un estigmatizante proceso judicial, que valgan verdades, instituciones como la remisión solo se aplican sobre delitos leves o en aquellos casos que infractor no tiene antecedentes.

Tribunal constitucional.

EXP. N. º 03386-2009-PHC/TC-RECURSO DE HABEAS CORPUS Fundado el recurso bajo la consideración del niño como un sujeto de derechos. **Base Procedimental**: Código de Niño y Adolescente y aplicación supletoria Código Procesal Constitucional, Código Procesal Penal.

Descripción de la impugnación: Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Santos Eulalia Armas Medina, en representación de su hija adolescente E.M.C.A., contra la resolución emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus.

Se interpone la demanda de Habeas Corpus porque se considera que la resolución judicial N.º 1 del 11 de abril de 2009, el juez demandado dispone

la medida socioeducativa de internamiento preventivo contra E.M.C.A. por su presunta autoría en el robo de un vehículo de taxi, lo cual constituye en una infracción penal contra el patrimonio en la modalidad de robo agravado, que la referida resolución ha sido emitida sin tomar en cuenta la toma de declaración de su hija y que la misma es una adolescente de catorce años de edad, estudiante del tercer año de secundaria, sin antecedentes policiales, penales y judiciales, y que tiene domicilio conocido en la ciudad de Trujillo. El 28 de abril de 2009, el Cuarto Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de Trujillo declara improcedente la demanda por considerar que la pretensión de doña Armas Medina implica la realización de actos de investigación que le corresponden al juez penal, lo cual no es susceptible de realizar en un proceso de hábeas corpus. Esta decisión es confirmada por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad mediante resolución del 13 de mayo de 2009, afirmando que no se advierte una violación al debido proceso por parte del juez penal y que se ha tomado en cuenta el interés superior del niño en todas las etapas del procedimiento. En el recurso de agravio constitucional, la demandante se ratifica en el contenido de su demanda.

Valoración para la decisión: Con base a lo actuado en dicho proceso, este Tribunal concluye que el juez demandado ha actuado observando el interés superior del niño, puesto que si hubiera realizado la toma de declaración de la adolescente E.M.C.A. sin la presencia de un abogado defensor, habría incurrido en una violación directa del artículo 139º, incisos 4) y 13) de la Constitución, referido al derecho a la tutela procesal efectiva y a la defensa.

Asimismo, dado que la persona procesada es una adolescente, hubiese contravenido el artículo 4º de la Constitución, el cual reconoce la obligación especial del Estado de proteger al niño. Si bien se permite la privación de la libertad del niño y adolescente en colisión con la ley penal como una medida excepcional, la adecuada implementación de un sistema de responsabilidad penal juvenil debe contar un mecanismo garantista que tenga como eje la reintegración del niño y adolescente a la sociedad. Ninguna medida de internamiento podrá implicar la denegatoria en el acceso al estudio o al servicio básico de salud y nutrición del niño y adolescente y, mucho menos, el quiebre del vínculo familiar. Si bien en el caso concreto el juez demandado ha actuado conforme a lo dispuesto en el artículo 211º del Código de los Niños y Adolescentes, la práctica de los jueces ha sido errónea y demuestra un rezago de la doctrina de situación irregular, puesto que decidir en qué ciudad se deberá cumplir la medida de internación supone considerar al niño y adolescente como un objeto y no como un sujeto de derecho.

Decisión: Declarar fundada la demanda, porque se ha acreditado que la decisión del Juzgado Mixto del Módulo Básico de Justicia del Distrito La Esperanza, Provincia de Trujillo, Región La Libertad, de ordenar el cumplimiento de la medida de internamiento preventivo de la adolescente E.M.C.A. en el Centro Juvenil Santa Margarita de la ciudad de Lima, viola el artículo 4º de la Constitución aplicable a los niños y adolescentes privados de su libertad.[120]

---

[120]Ministerio de justicia y Derechos Humanos. *Compilación de jurisprudencia en justicia penal juvenil*. p.119
Recuperado en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/Compilaci%C3%B3n-de-Jurisprudencia-en-Justicia-Penal-Juvenil.pdf> [consultado el 13/02/2017].

Discusión: De acuerdo con la Defensoría del Pueblo "la ubicación de los Centros Juveniles en algunas ciudades del país origina que existan zonas en las que en el caso de que un adolescente deba ser internado en un centro juvenil por una orden judicial, éste debe se encontrarse situado a una distancia considerable, lo que origina que las visitas que sus familiares realicen sean escasas, rompiendo de esa forma, el mantenimiento del vínculo familiar. En dichos supuestos, el derecho a la unidad familiar del adolescente se ve seriamente restringido". Atendiendo a ello, el Tribunal considero que ordenar el internamiento de un niño, niña o adolescente en un centro especializado, alejado de su domicilio y lejos de su familia, no solo viola el artículo 4º de la Constitución, sino que afecta el propio objeto y propósito de la Convención sobre los Derechos del Niño. En contraposición a ello distinto hubiera sido, si a los menores se les hubiera sometido a procesos restaurativos, que resultaban mucho más efectivos que la justicia tradicional.

3.2.2. Jurisprudencia internacional.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

Excepcionalidad de la prisión: Sentencia del 2 de setiembre de 2004. Caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay (caso Panchito López)

Violación de la libertad personal.

El 2 de setiembre de 2004, la Corte interamericana de Derechos Humanos condeno al Estado Paraguayo, en una sentencia sin precedentes, al pago de indemnización a internos del Panchito López por un Monto total de U$ 3.664.00 y

a la realización de actos públicos de reconocimiento de su responsabilidad por los hechos ocurridos.

La corte interamericana determino que el estado paraguayo había violado los artículos 1.1, 2,4,5,7,8,,19,25, de la Convención Americana, por no cumplir con su labor de garante en relación a las condiciones de detención incompatibles con la dignidad personal a que fueron sometidos varios jóvenes en el centro de Reeducación de Menores de Paraguay " Panchito López" . Permitiendo que sus agentes amenazaran, afectaran, vulneraran o restringieran los derechos de los internos, que Vivian en condiciones de hacinamiento que derivaron en tres incendios en los que murieron 12 internos y resultaron más de 40 heridos.

A consecuencia de los incendios, fue preciso cerrar el centro. Sin embargo esto no constituyo un obstáculo para que los jóvenes internos continuaran padeciendo violaciones de sus derechos fundamentales, puesto que los mismos fueron trasladados a prisiones de adultos, situación que los exponía a circunstancias altamente perjudiciales para su desarrollo y los hacia vulnerables ante terceros que podían abusar de su superioridad.

Discusión: La corte destaco que la privación de libertad de niños, atendiendo el interés superior del niño, la excepción de la prisión preventiva se debe aplicar con mayor rigurosidad, ya que la regla general debe ser la aplicación de medidas sustitutorias. Sin embargo la situación es distinta, ya que hechos como aquellos se hubieran solucionado con procesos restaurativos, evitando que esté pase gran parte de su desarrollo humano en un centro de rehabilitación.

3.3. Resultados normativos.-

Los resultados normativos hallados principalmente en la Constitución Política del Perú, en su artículo N° 01 defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, son el fin supremo de la sociedad y el estado, y el articulo N°04 , en que es la comunidad y el estado los que protegen principalmente al niño, adolescente(…). Siendo estos dos importantes derechos fundamentales la puerta principal de entrada y reconocimiento de tratados internacionales como la declaración de los derechos del niño, declaración además de reconocer a los niños como sujetos de derechos, en el que presenta dos conceptos importantes, como la protección especial y el interés superior del niño. Así mismo la convención sobre los derechos del niño, nos ofrece un nuevo paradigma de la infancia que se sustenta en la doctrina de la protección integral. Y como tal le siguen las reglas mínimas de las naciones unidas para la administración de la justicia de menores.

Las directrices de las naciones unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, reglas de las naciones unidas para la protección de los menores privados de libertad, reglas mínimas de las naciones unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, y finalmente en el ámbito nacional el código de los niños y adolescentes, que establece el marco normativo de la justicia juvenil de acuerdo a los principios rectores de la convención de los derechos del niño, basándose en la doctrina de la protección integral, que reconoce al niño como sujeto de derechos y regula normas sustantivas y procesales para regular el tratamiento de los menores adolescentes que han infringido la ley penal. Además que promueve la

desjudializacion a través de la figura de la remisión y asegura un tratamiento judicial de menores distinto al de los adultos.

Finalmente el nuevo código procesal penal aplica mecanismos alternativos de solución de conflictos, como lo son el principio de oportunidad, acuerdos repartorios, conclusión anticipada, terminación anticipada entre otros.

En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse solo en casos extraordinariamente graves y cuando no haya más remedio por haber fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona. Y Cuando se afirma que el Derecho Penal es la *última ratio* del ordenamiento jurídico se quiere indicar que la intervención penal (prevención del delito a través de la pena) solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado, previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general).

Al respecto L. Ferrajoli refiere "Podemos afirmar con certeza, puesto que la praxis está siempre en un escalón más abajo que la legalidad formal, que la tutela efectiva de bienes jurídicos asegurada por cualquier Derecho Penal es siempre inferior a la legal; mientras que la suma de los costos efectivamente sufridos es siempre ampliamente superior respecto a los costos penales legalmente previstos."[121]Sobre esa base debe entrar a tallar los principios de la justicia restaurativa, buscando la minina intervención penal. Utilizando otras formas más efectivas para solucionar el conflicto.

[121] FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos fundamentales*. Traducción del profesor Walter Antillón M., de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

En efecto, en la actualidad con la reciente promulgación del decreto legislativo N° 1038, que aprueba el código de responsabilidad penal de adolescentes, se hace referencia de las salidas alternativas al proceso, en su capítulo III y IV, y menciona al acuerdo reparartorio y al mecanismo restaurativo, indicando que se debe de promover durante el proceso en la medida de los posible. Así mismo su ámbito de aplicación fluctúa sobre los mayores de 14 y menores de 18 años de edad.

Sin embargo con el mencionado decreto, se elevaron las sanciones a los menores de entre 16 y 18 años de edad que cometieran **homicidio calificado, feminicidio, extorsión, pandillaje pernicioso o violación sexual, o que integren alguna organización criminal**. La pena máxima pasó a ser de 10 años de internamiento. Y Pese al endurecimiento de las penas a los menores que cometan los delitos de violación sexual a menor de edad seguida de muerte y sicariato, la nueva norma ha reducido las sanciones a los adolescentes que cometan otros delitos.

Según se explica en el decreto, estas modificaciones se deben a las recomendaciones que emitió el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, respecto al Decreto Legislativo 1204, emitido en el 2015, y que modificaba el Código de los Niños y Adolescentes para regular las sanciones a adolescentes infractores de la ley penal y su ejecución. Al respecto el comité pidió la derogación de la norma al considerar que no protegía los derechos de los menores[122].

Discusión: Sobré el particular, se hace mucho énfasis en el endurecimiento de la pena hacia el menor, cuando se trata de delitos graves. En contraste a ello hace

[122] Recuperado de:<http://elcomercio.pe/sociedad/peru/sicariato-juvenil-norma-dispone-hasta-10-anos-internamiento-noticia-1958976> [Consultado 02/02/2017]

mención a procesos restaurativos que fueron enumerados anteriormente. En este punto es de preguntarse si efectivamente esta modificación de la norma procesal peruana garantizará la reparación integral a la víctima. Por un lado encontramos el endurecimiento de pena para el menor, y por otro tratando de darle solución al conflicto con medidas alternativas de conclusión del proceso.

Y por otro lado el entorpecimiento de la finalidad de la pena que hasta nuestros días, desde la fecha de su entrada en vigencia no se ha cumplido, esto debido a quizá al escaso personal capacitado para trabajar con los menores en los centros de rehabilitación. Más aun con la doctrina de la protección integral, concepción que ha sido adoptado por el código de los niños y adolescentes, a partir del cual a cierta edad los y las adolescentes responden por las infracciones que cometen contra la ley penal pero siempre bajo la garantía del respeto del denominado principio del Derecho Penal Mínimo. Debiendo minimizarse las penas juveniles, y emplearse medidas alternativas a la privación de libertad,

En esta línea, SILVA SANCHEZ afirma que "el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Al respecto el sistema tradicional de impartir justicia juvenil, hoy por hoy está en declive, sin embargo esta nueva corriente restauradora, funda su particular efectividad sobre garantía y su reparación integral sobre las partes.

CAPITULO IV

VALIDACION DE HIPOTESIS

4.1. Validación de la hipótesis general

La hipótesis formulada queda validada en base el método de la argumentación jurídica en par con la interpretación jurídica, por los siguientes fundamentos:

4.1.1. Aplicabilidad conveniente.

Que, habiéndose afirmado en la hipótesis que en el ordenamiento jurídico peruano, la aplicación de la justicia restaurativa resulta conveniente en la solución de conflictos penales. Pues la norma nacional, doctrina y la jurisprudencia internacional consideran viable este tipo de justicia restauradora, en atención a los resultados exitosos encontrados en estudios y programas, que obtuvieron mejoras del daño económico y moral entre víctima y victimario, y muy exitoso, si el dialogo se genera con ello en dirección a la armonía social, siendo estos los fundamentos idóneos para su aplicación en el sistema penal peruano.

Se advierte entonces, que en nuestro sistema procesal peruano juvenil, si bien no está expresamente establecido la regulación de la aplicación de la justicia restaurativa, sin embargo su uso y aplicación se ha dado de genero a especié, derivadas de ella, como lo plasma el código de los niños y adolescentes, referente a la reemisión y propiamente en el nuevo código procesal penal peruano figuras como, principio de oportunidad, terminación anticipada, conclusión anticipada, proceso inmediato,etc.

4.1.2. Efectividad en la solución de conflictos penales.

Sobre la conveniencia de la aplicación en la solución de conflictos penales, queda objetivamente probado que facilita en darle una solución oportuna. A través de procesos restaurativos como la mediación, que otorga a las partes la oportunidad para reunirse para comprender las consecuencias de sus acciones, hasta los círculos y reuniones de restauración con resultados óptimos, y además ayuda a descongestionar la carga procesal, previniendo con ello una justicia tardía.

.Así mismo, se deja de lado el castigo como efecto del sistema tradicional penal. En efecto el castigo visto desde la filosofía de la justicia restaurativa seria la propia reparación que el infractor va a ejecutar. Así se ha constatado en algunos proyectos de los Estados Unidos de América que los jóvenes que establecieron contacto con la víctima y realizaron prestaciones de reparación son significativamente menos reincidentes que los jóvenes que no accedieron a establecer los contactos correspondientes en el marco de las penas suspendidas a prueba.

Se comprobó que la reincidencia depende de la magnitud de la reparación, de modo que cuando se tuvo que pagar una suma mayor los resultados fueron menos satisfactorios, pues los jóvenes tenían la conciencia de que debían trabajar durante un tiempo demasiado largo para la víctima[123].

En el ámbito nacional el proyecto piloto de la fundación Terre des hommes, obtuvo como resultado que la respuesta que privilegia lo educativo es más adecuada y eficaz que la intervención punitiva.

[123] Cf. Dünkel, Frieder, La conciliación delincuente víctima., p. 137

Garantizando de este modo derechos a los adolescentes en conflicto con la ley penal y favoreciendo sus posibilidades de cambio.[124]

4.2. Validación de las hipótesis Específicas.

4.1.1. Obstrucción de la normatividad nacional.

Así mismo, que habiéndose afirmado que, el conjunto normativo nacional peruano sobre justicia penal juvenil dificulta la resocialización y/o reincorporación adecuada de los menores infractores a la sociedad. Así, por un lado, esta objetivamente comprobado, la baja efectividad del sistema penal peruano, respecto a justicia juvenil. En efecto se comprobó que el código de los niños y adolescentes si bien plasma la remisión del menor, este supuesto solo se da sobre aquellos casos leves impidiendo que otro que haya cometió una infracción mayor, sea pasible de alguna medida socioeducativa.

Y por otro lado la norma constitucional si bien no lo reconoce explícitamente ni implícitamente como tal. Tampoco ha cerrado esa posibilidad, ya que debido a su artículo N°04 esta protección hacia el menor se hace posible con el reconocimiento especial. Por tanto el estado está en la obligación garantizar todos los principios constitucionales, dentro de las cuales está el derecho a la libertad, el mismo que se funda en el pleno desarrollo personalidad. Por tanto no se cumple los fines de la pena, que propugna la justicia tradicional. En efecto el proceso de

[124]VÁSQUEZ BERMEJO, Oscar. *¿Qué es la Justicia Restaurativa*? Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa. Editorial Terre des HommesLausanne. Perú N° 01 Diciembre 2005-Febrero 2006.

juzgamiento que se aplica a los adolescentes infractores dentro de nuestro país no está alcanzando los resultados esperados y que la privación de la libertad no rehabilita al adolescente, lo cual es ratificado por su conducta lesiva una vez puesto en libertad y por consiguiente el alto índice de reincidencia de delitos.

4.2.2. Reparación integral del daño.

Del mismo modo nos planteamos sí .la aplicación de la justicia restaurativa garantiza ventajas favorables para la reparación integral de la víctima, efectivamente y tras los fundamentos señalados se obtuvo que de los objetivos de los procesos de justicia restaurativa es acordar un plan para el ofensor, el que puede contener diferentes tipos de obligaciones, desde una disculpa hasta algún tipo de reparación. Lo que se logra no es solamente conseguir que una de las partes se beneficie con dicho proceso; sino una participación en conjunto.

Por lo tanto está objetivamente probado con las posiciones de cada autor que, la reparación integral a la víctima y a ambas partes, responde a una necesidad primordial por un lado de la víctima de ser valorada como persona digna de respeto y consideración. Y de otra esta la demanda por la reparación emocional, de ser valorada como persona humana, implica que el daño ocasionado por el delito es, en primer lugar, a la dignidad de la persona, y en segundo lugar de reconocerla como persona valiosa, con ciudadanía y derechos.[125]

[125]VÁSQUEZ BERMEJO, Oscar. *¿Qué es la Justicia Restaurativa*? Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa. Editorial Terre des HommesLausanne. Perú N° 01 Diciembre 2005-Febrero 2006.

CONCLUSIONES

PRIMERO.-Este tema de la Justicia Restaurativa causa grandes impactos tanto sociales, jurídicos como económicos, ya que se encarga de resarcir los daños causados a la víctima por el delito y restituir al infractor a la sociedad, así como también para reparar los vínculos rotos a causa del delito, descongestionando la carga laboral, se dará mayor eficacia y celeridad en los procesos, dentro del plano económico reducirá la población de las cárceles, lo que ocasionará un ahorro en los recursos nacionales.

SEGUNDO.-La justicia restaurativa condena el acto delictivo, mantiene la responsabilidad de los infractores, involucra a los participantes y alienta el arrepentimiento del adolescente para que trabaje activamente para su reingreso de manera honrada en la sociedad.

TERCERO.-Las medidas socio-educativas no surten efecto alguno sino se las acompaña de ayuda psicológica y pedagógica por parte de personal especializado, por lo que se debería enfocar más en la restitución del adolescente a la sociedad que en su represión, ya que se encuentra en una etapa de desarrollo y aprendizaje por lo que es más fácil para un adolescente comprender las consecuencias de sus actos mirando las secuelas en la victima lo cual puede llevarle a un arrepentimiento intrínseco ya que verse privado de su libertad puede resultar estigmatizador para el adolescente, es así que la reparación le da la oportunidad de reivindicarse y restituirse el como persona.

CUARTO.-Está demostrado que la pena no cura los daños perpetrados en la victima ni restituye el daño del bien jurídico, y por el contario sino se aprovecha

el tiempo que el sujeto pasa en confinamiento y no se consigue que modifique su comportamiento sale en libertad y nuevamente va a infringir la norma.

QUINTO.-La justicia restaurativa utiliza medidas alternativas (procesos) para la terminación del conflicto penal donde se ven involucrados menores de edad, como herramienta para lograr su principal objetivo usa a la mediación para tratar de llegar a la conciliación entre agresor y su víctima tratando de lograr un acuerdo para reparar el daño causado y buscando mediante el perdón llegar a un equilibrio social para así evitar a toda costa la reincidencia por parte del adolescente.

SEXTO.-En países donde ya se ha implantado este modelo de justicia restaurativa, ha demostrado tener grandes resultados, y en otros se están haciendo proyectos pilotos donde se realizan prácticas restaurativas para mirar más de cerca los resultados que esta genera, por estas razones se puede determinar la necesidad de implantar la Justicia Restaurativa dentro de nuestra normativa legal, ya que se logrará transformar positivamente los proceso de juzgamiento de los menores infractores.

SEPTIMO.-La aplicación de la justicia restaurativa en nuestro país permitirá utilizar más eficientemente el sistema de justicia penal, la cual se enfocará en los delitos leves y graves, ayudando así, a descongestionar la carga laboral y a reducir la población de las cárceles, ya que se presenta como una alternativa diferente a la privación de libertad, causará a la vez un gran impacto social al devolver a la comunidad un ente productivo, que ha tomado conciencia del daño causado, y que ha subsanado su error, resultando de esto una víctima satisfecha a la cual se le ha hecho efectivo su derecho de reparación integral.

OCTAVO.-En el sistema tradicional las víctimas no reciben respuestas a sus necesidades y han sido las grandes olvidadas quedando generalmente al margen del proceso judicial, que además le genera una sensación de desconfianza, vulnerabilidad y desprotección, con la Justicia Restaurativa se propone la humanización del sistema penal, dando un trato preferencial a las víctimas del delito, dentro del desarrollo del proceso penal, y la reparación de sus daños provocados por causa de la transgresión a la norma.

NOVENO.-La aplicación de la sentencia condenatoria no cumple los principios de reinserción y resocialización.

DECIMO.-La Justicia Restaurativa permite participar a la víctima, al menor infractor, y a los miembros de la comunidad para que estén directamente involucrados en dar respuesta al fenómeno de la delincuencia juvenil. Es un sistema que establece la responsabilidad del adolescente infractor, la reparación de la víctima y la total participación de ésta, el infractor y la comunidad para ir tomando a la mediación como herramienta de diálogo resarcir los daños causados por el delito.

RECOMENDACIONES

- Los legisladores, deben dejar de preocuparse más por la persona que transgrede la norma, y poner en primer plano a la víctima, frente a lo cual es necesario escucharlas, atender sus expectativas buscado en la solución del conflicto penal una solución integral que equilibre la intervención y los derechos de las partes en el desarrollo de la tragedia social.
- El estado debe realizar cambios en diferentes instancias, procedimientos y mecanismos de justicia penal como un enfoque integrado y no como acciones aisladas, ya que crisis del sistema judicial obliga al estado y a toda a la sociedad a buscar nuevas ideas, propuestas, iniciativas, que contribuyan a mejorar la justicia y con ellos nuestra vida en comunidad.
- Efectuar seminarios dirigidos a profesionales en derecho con el objeto de capacitar sobre el propósito que persigue la Justicia Restaurativa como medida alternativa de solución de conflictos.
- Se debe seguir con el estudio de este nuevo modelo de justicia ya que el concepto de la Justicia Restaurativa va desarrollándose con el tiempo y a medida que se aprende sobre su potencial, y sus riesgos genera nuevos contextos de aplicación.
- Que el Estado, causante de la inseguridad jurídica y social que atraviesa el país, crea fuentes de trabajo que permitan a la juventud conservar su dignidad como seres humanos que son, a fin de que no delincan para conseguir el pan de cada día.

V. REFERENCIAS BIBLOGRÁFICAS

- ATIENZA, Manuel. *Tras la Justicia, Una Introducción al Derecho y al Razonamiento Jurídico*. Barcelona España. Editorial Ariel S.A. Tercera reimpresión 1997.

- BERNAL ACEVEDO, Fabiola. *Justicia restaurativa en Costa Rica: Acercamientos Teóricos y Prácticos*, I Congreso de Justicia Restaurativa, Costa Rica.

- BINDER, Alberto, *Derecho Procesal Penal*. República Dominicana Editorial Escuela Nacional de la Judicatura. 2006. p. 88

- BOVINO, Alberto, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 129-131; BOVINO, Alberto, *La participación de la víctima en el procedimiento penal*. En: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director). Derecho, Proceso Penal y Victimología. Mendoza, Ediciones del Cuyo, 2003.

- BRAVO GAMARRA, Deysi. E. *El adolescente infractor en el Perú*, Lima. Editorial Jurista editores, 2014.

- BRIONES, Guillermo. *Métodos y Técnicas de Investigación para las Ciencias Sociales*. México, Editorial Trillas, 1986.

- BRITO RUIZ, Diana. *Justicia Restaurativa*, Reflexiones sobre la experiencia de Colombia. Ecuador .Editorial. Montada, 2001.

- BUSTOS RAMIREZ, Juan *Perspectivas de un derecho penal del niño.* /A. Buenos Aires, Editores del Puerto,1997.

- CHRISTIE, Nils, *Una cantidad sensata de delitos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- DE LA TORRE. Gerónimo, *La Nuevas Tendencias de la Justicia en el siglo XXI*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1º`edición, 2002.
- FABIANA RAÑA, Andrea. *La Mediación y el Derecho Penal*. Argentina, Editorial Fabián Di Plácido. 2001.
- FERRAJOLI, L.- *Garantías y derecho penal.* En: SOTOMAYOR ACOSTA, J. *Garantismo y derecho penal*. Bogotá, Editorial Themis. 2006.
- FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos fundamentales*. Traducción del profesor Walter Antillón M. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.
- GALENO REY, Juan Pablo. *Un nuevo modelo de Justicia Restaurativa y el redimensionamiento del rol y protagonismo de la víctima en el nuevo proceso penal colombiano*. En SINTURA VARELA, Francisco, *Sistema Penal Acusatorio*. Colombia, Editorial Universidad del Rosario, 2005.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso García Figueroa. *La argumentación en el Derecho*. Lima, Editorial Palestra, 2003.
- HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto y otros. *Metodología de la investigación*, México, Editorial McGrawHill, 2010.
- HUDSON, B. *Justicia y violencia de genero. Desviación o justicia efectiva*?, Revista Británica de criminología, 2002.

- HURTADO POMA, *Juan Rolando. Los acuerdos reparatorios y la justicia restaurativa en el nuevo proceso pena*l, Lima. Editorial Grijley**,** 2011.
- HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal* Parte General. Lima, 1978.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la Justicia?* Editorial Ariel, Barcelona España, 2010
- KERMELMAJE DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*, Santa Fe, Primera Edición, Rubinzal -Culzoni Editores, 2004.
- LIDON, José María. Justicia Restaurativa, una Justicia para el siglo XXI: Potencialidades y Retos. Bilbao. Editorial Deusto digital, 2013.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, *Principios de la fijación de la sanción penal juvenil*. En: TIFFER SOTOMAYOR, Carlos/LLOBET RODRÍGUEZ, Javier/DÜNKEL, Frieder. *Derecho Penal Juvenil*. San José, Editores Ilanud, 2002.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. *Mediación, Reparación y Conciliación en el Derecho Penal*. España. Editorial Comares. Edición 1°,2007.
- MCCOLD, Paul y WACHTEL. Ted: en busca de un paradigma*: Una Teoría Sobre Justicia Restaurativa.* recuperado de: <www.restorativepractices.org> [consultado el 10/12/2016]

- MEJIAS GÓMEZ, Juan Francisco. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, España – Madrid, Editorial: El Derecho Editores, 2009.
- MONTERO AROCA, Juan. *Proceso Penal y Libertad*. *Ensayo polémico sobre el nuevo Proceso Penal*. Pamplona – España .Editorial Civitas Thomson, Primera Edición, 2008.
- MONTOYA CHAVEZ, Víctor Hugo, *Derechos fundamentales de los niños y adolescente.* Lima, Editorial Griley Eirl, Edición, 2007.
- MORENTE MEJÍAS, Felipe y Blas HERMOSO RICO, *Introducción. a La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid, Dykinson. En Nuria Belloso Martín, *El paradigma conflictivo de la penalidad la respuesta restaurativa para la delincuencia*.
- NEUMAN, Elías. *La Mediación Penal y la Justicia Restaurativa*. México Editorial Porrúa,2005.
- OLSON, Cynthia. *Aplicando la Mediación y los Procesos de Consenso en el marco de la Justicia Restaurativa,* En CARRANZA, Elías (coord.) *Justicia Penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles*. México, Editorial Siglo XXI.2001.
- PIAGET, J. *El nacimiento de la inteligencia en el niño.* Madrid. Editorial Aguilar, 1998.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *¿Penalización del Derecho Civil o civilización del Derecho Penal?* En: Armijo/Llobet/Rivero. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas, 1998.

- ROBLES TREJO, Luis. *Guía metodológica para la elaboración de proyectos de investigación jurídica* .Lima, Editorial Ffecaat, 2014.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Gabriela (Compiladora), *Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.
- SOLÍS ESPINOZA, Alejandro. *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Lima, 1991.
- TAMARIT SUMALLA, José Ma y VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina, *Victimología Justicia Penal y Justicia Reparadora*. España Editorial Ibáñez, 2006.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes*. San José, Editorial Ilanud, 2002.
- V. PRATT, John. E*l Castigo emotivo y ostentoso. Su declinación y resurgimiento en la sociedad moderna- Delito y Sociedad*. Revista de Ciencias Sociales. Editorial Universidad Nacional del Litoral, 2006, Número 22.
- VÁSQUEZ BERMEJO ,Oscar Guillermo.Tesis: *Las políticas públicas y los adolescentes en conflicto con la ley penal. posibilidades y limites en la aplicación de la remisión fiscal en el Per*ú. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- VÁSQUEZ BERMEJO, Oscar. ¿*Qué es la Justicia Restaurativa*? Justicia Para Crecer. Revista Especializada en Justicia Juvenil Restaurativa.

Editorial Terre des Hommes Lausanne. Perú N° 01 Diciembre 2005-Febrero 2006.

- VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina: La justicia restaurativa en los supuestos de violencia de género, en la obra colectiva La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones, Granada, Editorial Comares, 2012.
- VILLANUEVA MEZA, Javier Antonio, *El principio de oportunidad: Justicia Restaurativa, Transicional y Transaccional, Mediación Penal, Conciliación Civil en el sistema penal acusatorio* .Colombia. Editorial Medellín: Librería Jurídica Sánchez R, 2011.
- ZELAYARAN DURAND, Mauro. *Metodología de la investigación jurídica*, Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.

DIRECCIONES ELECTRONICAS:

- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. *Principios básicos del uso de programas de justicia reparadora en materia penal*. Recuperado de: <http://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comn/sadd1s.pdf.>[Consultado el 18/12/2016]
- SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés. *¿Qué es y Para qué sirve la Justicia Restaurativa?* Recuperado de: <http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf> [Consultado el 09/01/2017]

- V. MASTERS, Guy. *Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la Justicia Restaurativa.* Recuperado de: <web:http://www.derechosdelainfancia.cl/docs/imgs/imgs_doc/180.pdf.>

- SAMPEDRO ARRUBIA, Julio Andrés. *¿Qué es y Para qué sirve la Justicia Restaurativa?* .Recuperado de <http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/QueEs_ParaQueSirve_JR.pdf> [Consultado el 15/12 /2016]

- RENDON, Josefina. *Mediación entre víctima y ofensor*. Recuperado de: <http://www.mediate.com/articules/mediacion_entre_v.cfm>[Consultado 13/01/2017]

- PESQUEIRA LEAL, Jorge. *Conferencia Justicia Restaurativa y Alternativa*, impartida en el Auditorio "Víctor L. Treviño" de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, el viernes 13 de Febrero de 2009. V. Blog de Mediación Monterrey. *Justicia Alternativa y Restaurativa en el Juicio Oral:* Jorge Pesquería Leal en la FACDYC. Recuperado de:<http://blogdemediacionmonterrey.blogspot.com/2009/02/justicia-restaurativa-y-alternativa-en.html.>[Consultado 08/12/2016]

- LLANOS, Ramiro. *Justicia Restaurativa* Disponible en sitio web: *Restaurative Justice on line.* (justicia restaurativa en línea) Recuperado de

:<http://www.justiciarestaurativa.org/news/rllanos/> [Consultado 18/11/2016]

- *Guía metodológica de la remisión.* Recuperado de :http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/documentos/Reglamentos/guia%20metodologia%20de%20la%20remision.pdf [consultado el 10/01/2017]
- Bazemore, Gordon / Walgrave, Lode (Editores). *Juvenil Restaurativo Justicia. Reparación del daño de la delincuencia juvenil*. En Revista jurídica Ius Doctrinaria Recuperado: En http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13602/12922- [consultado el 12-02-2017]

- LLOBET RODRÍGUEZ Javier, *Justicia restaurativa y garantías en la justicia penal juvenil*,p.15. En Revista jurídica Ius Doctrinaria Recuperado En:<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/iusdoctrina/article/view/13602/12922->[consultado el 12-02-2017]

- Ministerio de justicia y Derechos Humanos. *Compilación de jurisprudencia en justicia penal juvenil*. p.16, Recuperado En: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/12/Compilaci%C3%B3n-de-Jurisprudencia-en-Justicia-Penal-Juvenil.pdf> [consultado el 13/02/2017]

VI. ANEXO

TITULO: LA APLICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS PENALES DE MENORES DE EDAD INFRACTORES EN EL SISTEMA PENAL PERUANO.

PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL ¿Cuál es el tratamiento jurídico que establece la normatividad nacional para la aplicación de la justicia restaurativa en la solución de conflictos penales de menores de edad infractores en el sistema penal peruano?	**OBJETIVO GENERAL** Determinar el tratamiento jurídico que establece la normatividad nacional para la aplicación de la justicia restaurativa en la solución de conflictos penales de menores de edad infractores en el sistema penal peruano.	**HIPÓTESIS GENERAL** En el ordenamiento jurídico peruano, la aplicación de la justicia restaurativa resulta conveniente en la solución de conflictos penales. Pues la norma nacional, doctrina y la jurisprudencia internacional consideran viable este tipo de justicia restauradora, en atención a los resultados exitosos encontrados en estudios y programas, que obtuvieron mejoras del daño económico y moral entre víctima y victimario, y muy exitoso, si el dialogo se genera con ello en dirección a la armonía social, siendo estos los fundamentos idóneos para su aplicación	**Variable Independiente (X):** X1:Justicia Restaurativa **Indicadores** ▪ Justicia ▪ Modelos de justicia	**Tipo, Nivel y diseño de investigación** **Tipo de investigación:** Investigación Dogmática – Normativa **Tipo de diseño** Corresponderá a la denominada No Experimental. **Diseño General**: Diseño **Transaccional o Transversal** **Métodos de Investigación** Método Dogmático.- Método hermenéutico. Método Exegético Método de la interpretación Jurídica.-. **Técnicas e instrumentos** El recojo de información del trabajo de campo se realizará a través de la Técnica documental, empleándose como su instrumento las fichas, especialmente las literales y de resumen. También se aplicará la ficha de análisis de contenido para poder realizar la doctrina y
1. ¿Cuáles son los factores normativos, dificultan la resocialización y/o reincorporación adecuada de los menores infractores a la sociedad? **2**. ¿Con la aplicación de la Justicia Restaurativa se obtendrá ventajas favorables para garantizar la reparación integral de la víctima?	**1.-**Identificar los factores normativos, que dificultan la resocialización y/o reincorporación adecuada de los menores infractores a la sociedad. **2.-**Establecer si con la aplicación de la Justicia Restaurativa se obtendrá ventajas favorables para garantizar la reparación integral de la víctima.		**Variable Dependiente (Y):** Y1: conflictos penales de menores de edad infractores en el sistema penal peruano **Indicadores:** ▪ Sistema penal juvenil ▪ Sistema penal juvenil en el Perú	

		en el sistema penal peruano. **Especificas** 1. El conjunto normatividad nacional peruano sobre justicia penal juvenil dificulta la resocialización y/o reincorporación adecuada de los menores infractores a la sociedad. 2. La aplicación de la justicia restaurativa garantiza ventajas favorables para la reparación integral de la víctima.		jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que tiene la institución objeto de la presente investigación.