

# UNIVERSIDAD NACIONAL "SANTIAGO ANTÚNEZ DE MAYOLO"

# ESCUELA DE POSTGRADO

LOS ACUERDOS REPARATORIOS COMO SOLUCIÓN DE CONFLICTOS PARA LOGRAR UNA ADECUADA JUSTICIA RESTAURATIVA Y SU INCIDENCIA EN LA DISMINUCIÓN DE LA CARGA PROCESAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE ANCASH, PERIODO 2012

Tesis para optar el grado de maestro en Derecho Mención en Ciencias Penales

ZADI DANIEL EDMUNDO ANAYA CASTRO

Asesor: Dr. LUIS WILFREDO ROBLES TREJO

Huaraz - Perú 2014

Nº Registro: T0370

# MIEMBROS DEL JURADO

Doctor José Antonio Becerra Ruiz	Presidente
· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·	
Doctor Elmer Robles Blácido	Secretario
Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo	Vocal

# **VZEZOK**

Doctor Luis Wilfredo Robles Trejo

# **AGRADECIMIENTO**

• A todos aquellos docentes de la Escuela de Postgrado que compartieron sus experiencias y que contribuyeron en mi formación profesional.

A mi familia por su apoyo y compresión en esta ardua tarea de superarme día a día.

# ÍNDICE

		Página
Res	sumen	viii
Abstract		ix
I.	INTRODUCCIÓN	1 – 7
	Problema	4
	Objetivos	5
	Hipótesis	6
II.	MARCO TEÓRICO	8 – 58
	2.1. Antecedentes	8
	2.2. Bases teóricas	9 – 53
	2.3. Definición de términos	53
III.	MATERIALES Y MÉTODOS	59 – 63
	3.1. Tipo y nivel de Investigación	59
	3.2. Diseño de Investigación	59
	3.3. Plan de recolección y análisis de datos	60
	3.4. Instrumentos de recolección de datos	62
	3.5. Plan de procesamiento de datos	63
	3.6. Plan de análisis de datos	63
IV.	RESULTADOS	64-123

V.	DISCUSION	124-169
VI.	CONCLUSIONES	170-172
VII.	RECOMENDACIONES	173-174
VIII.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	175-179

#### RESUMEN

La presente investigación tuvo por finalidad determinar y analizar la eficacia y grado de aplicabilidad de los acuerdos reparatorios como solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en el Distrito Judicial de Ancash, correspondiente al periodo 2012; para lo cual se realizó una investigación jurídica de tipo mixta: dogmática y empírica- y su nivel fue descriptivo-explicativo; empleándose la técnica documental para la elaboración del marco teórico; el análisis de contenido y encuesta para los resultados y la discusión; la técnica del análisis cualitativo y cuantitativo; y para el análisis de la información la argumentación jurídica; y se empleó el diseño correlacional como diseño metodológico para contrastar la hipótesis. La investigación demostró con argumentos que los acuerdos reparatorios son ineficaces y su grado de aplicabilidad es baja y no están cumpliendo su finalidad de ser solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal del Distrito Judicial de Ancash, debido al mal manejo teórico y metodológico del instituto procesal, desconocimiento de los justiciables, resistencia de los abogados, prevalencia de la cultura conflictivita, al no manejo adecuado los fiscales y la presencia de una normatividad deficiente al respecto", y los resultaos empíricos nos muestran que la carga procesal no haya disminuido y se convierta en una adecuada herramienta de justicia restaurativa.

Palabras clave: Justicia restaurativa, acuerdos reparatorios, carga procesal, simplificación procesal, proceso penal, garantismo, victima.

#### **ABSTRACT**

This research was aimed at identifying and analyzing the effectiveness and applicability of the degree of compensation agreements and conflict resolution to achieve adequate restorative justice and its direct impact on reducing the caseload in the Judicial District of Ancash, for the period, 2012 for which a legal investigation of mixed type was made: dogmatic and empirical - and its level was descriptive - explanatory; being used documentary technique for the development of the theoretical framework, content analysis and survey results and discussion; the technique of qualitative and quantitative analysis, and the analysis of information legal argumentation, and correlational design was used as a methodological design to test the hypothesis. The investigation showed that arguments compensation agreements are ineffective and their degree of applicability is low and are not fulfilling their purpose of being conflict resolution to achieve adequate restorative justice and its direct impact on reducing the caseload of the Judicial District of Ancash, due to bad management theoretical and methodological procedural institution, lack of litigants, lawyers resistance, prevalence of conflictivita culture, not appropriate fiscal management and the presence of poor standards in this regard ", and empirical results from the study we show that the caseload has not diminished and become a suitable tool for restorative justice.

**Keywords:** Restorative justice, compensation agreements, caseload, procedural simplification, criminal procedure, guarantees, victim.

# I. INTRODUCCIÓN

La comprensión de las denominadas salidas alternativas constituye un imperativo esencial para entender de manera cabal el Nuevo Proceso Penal, toda vez que se trata de un sistema de justicia criminal dotado de un abanico amplio de mecanismos y herramientas orientadas a dar respuestas más pertinentes a los objetivos propuestos: El ejercicio regulado del ius puniendi del Estado, asegurando el respeto de las garantías esenciales de todos los involucrados, otorgando en definitiva soluciones de calidad a los conflictos sociales de relevancia que el sistema asume y se hace cargo.

En general, estas salidas alternativas al desarrollo normal de un juicio penal con la expectativa de una sentencia condenatoria, representan una repuesta estatal de alta calidad pero de menor contenido represivo que, por ejemplo, cualquier pena privativa o restrictiva de libertad, resultando a su vez más pertinentes e idóneas para determinados casos, particularmente considerando, en buena medida, el carácter resocializador al que debe aspirar también un sistema penal.

Con todo, en este punto es necesario aclarar que si bien la expresión genérica de "salidas alternativas", representan en su conjunto un cambio de perspectiva en la tradición jurídico procesal penal, asociada esta última a un apego irrestricto al principio de la legalidad procesal, en dicha expresión se incluye la existencia de mecanismos con objetivos diferentes: de selección de casos, de simplificación procesal y de solución a conflictos sociales sobre la base de una alternativa a la persecución penal tradicional y a la aplicación de una pena como consecuencia de aquella.

Manifestación de la búsqueda del primero de estos objetivos, o sea de la aplicación de criterios racionales y transparentes de selección de casos, y que algunos autores han denominado como mecanismos de descongestión del sistema pues permiten asegurar que un número manejable de casos que ingresan a él, lleguen finalmente a la instancia del juicio oral. Son por ejemplo el archivo provisional (Artículo 334 Código Procesal Penal); y el denominado Principio de Oportunidad (Artículo 2 Código Procesal Penal).

En todas estas situaciones, vemos enfrentado el tradicional principio de legalidad procesal, con criterios de discrecionalidad reglada o restringida<sup>1</sup>, cuyo objetivo fundamental es la implementación de criterios de racionalidad de la persecución penal y mayor transparencia en la selectividad de los casos que finalmente son investigados por las agencias públicas y policiales legalmente facultadas para ello.

Tratándose del objetivo de simplificar los procedimientos, el nuevo proceso penal considera la necesidad de hacerse cargo de manera intensa de todos los casos que cruzan el umbral de la disyuntiva de si ameritan y es razonablemente posible el que sean investigados y posteriormente llevados a juicio, contemplando alternativas al curso normal representado por el juicio oral en lo penal.

¹ El carácter reglado o restringido de la aplicación de estas medidas de descongestión del sistema, se encuentra dado por las limitaciones que tienen los fiscales del Ministerio Público para la aplicación de aquellas, limitaciones que van desde controles que ejerce la propia víctima del delito sea por la vía del reclamo ante el superior del Fiscal a cargo del caso o bien por medio de la interposición de una querella particular con el objeto de forzar la labor de investigación; por los controles internos que se adoptan al interior del Ministerio Público; y por los controles específicos de cada medida como son la autorización del Juez de Garantía tratándose del ejercicio de la facultad de no iniciar la investigación por el Fiscal a cargo del caso, o la autorización del Fiscal para archivar provisionalmente un caso que en abstracto merezca pena aflictiva.

Estos mecanismos de simplificación procesal corresponden al juicio inmediato teniendo como antecedente un delito con características de flagrancia; el procedimiento abreviado validado por el previo acuerdo entre fiscal e imputado, tratándose de delitos de hasta cierta penalidad; el procedimiento simplificado, para el caso de la investigación de faltas o de delitos para los cuales el Fiscal solicite una penalidad de hasta presidio menor en su grado mínimo; o el procedimiento monitorio, como mecanismo procesal de aplicación de multas.

Característica común a la por cierto diferente regulación de requisitos y circunstancias que hacen procedente la aplicación de alguno de estos mecanismos, destaca el hecho que en todos ellos el Juez encargado de dictar sentencia corresponde al denominado Juez de Garantía competente, quien con ello pasa a quedar habilitado legalmente para ejercer funciones jurisdiccionales, alternativas a las contempladas naturalmente para este tipo de jueces en el Código Procesal Penal.

Finalmente el nuevo proceso penal contempla la existencia de mecanismos de solución a los conflictos sociales consistentes en el delito y sus efectos, distintos a la respuesta tradicional de la persecución penal seguida de la consecuencial aplicación de una pena, en la mayoría de los casos privativa o restrictiva de libertad. Estos mecanismos de solución, cuya adopción — bajo ciertas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos - los convierte en muchos casos en mejores y más idóneos "sucedáneos" de la imposición de una sanción penal tradicional, corresponden a las denominadas salidas alternativas propiamente tales contempladas por el nuevo proceso penal, que son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios.

# Formulación del problema

# Problema general

¿Cuál es la eficacia y grado de aplicabilidad de los acuerdos reparatorios como solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en el Distrito Judicial de Ancash, correspondiente al periodo 2012?

# Problemas específicos

- ¿Cuál es el tratamiento dogmático y jurisprudencial de los acuerdos reparatorios en el marco de la justicia restaurativa y del nuevo modelo de justicia penal adoptado por el NCPP?
- ¿Qué tratamiento vienen otorgando los fiscales del Ministerio Publico al instituto de los acuerdos reparatorios en el marco del nuevo Código Procesal Penal en el ámbito del Distrito Judicial de Ancash, durante el periodo 2012?
- ¿Cuál es el grado de efectividad en la aplicación del acuerdo reparatorio, arribado entre el indiciado y la víctima; con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal?
- ¿Qué aspectos problemáticos presenta los acuerdos reparatorios as medidas con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal?

# Objetivos de la investigación

# Objetivo general

Determinar y analizar la eficacia y grado de aplicabilidad de los acuerdos reparatorios como solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en el Distrito Judicial de Ancash, correspondiente al periodo 2012.

# Objetivos específicos

- Describir el tratamiento dogmático y jurisprudencial de los acuerdos reparatorios en el marco de la justicia restaurativa y del nuevo modelo de justicia penal adoptado por el NCPP.
- Explicar el tratamiento que vienen otorgando los fiscales del Ministerio Público al instituto de los acuerdos reparatorios en el marco del nuevo Código Procesal
   Penal en el ámbito del Distrito Judicial de Ancash, durante el periodo 2012.
- Determinar el grado de efectividad en la aplicación del acuerdo reparatorio, arribado entre el indiciado y la víctima; con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal.
- Explicar los aspectos problemáticos presenta los acuerdos reparatorios as medidas con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal.

# Formulación de Hipótesis

# Hipótesis general

Los acuerdos reparatorios son ineficaces y su grado de aplicabilidad es baja y no están cumpliendo su finalidad de ser solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en el Distrito Judicial de Ancash debido al mal manejo teórico y metodológico del instituto procesal, desconocimiento de los justiciables, resistencia de los abogados, prevalencia de la cultura conflictivita, al no manejo adecuado los fiscales y la presencia de una normatividad deficiente al respecto.

#### Hipótesis especificas

- Existe en el ámbito nacional como en el derecho comparado un tratamiento dogmático y jurisprudencial adecuado y que justifican la presencia de los de los acuerdos reparatorios en el marco de la justicia restaurativa y del nuevo modelo de justicia penal adoptado por el NCPP.
- Los fiscales del Ministerio Publico vienen otorgando un tratamiento inadecuado ye inoportuno al instituto de los acuerdos reparatorios en el marco del nuevo Código Procesal Penal en el ámbito del Distrito Judicial de Ancash, expresándose en su poco eficacia y aplicabilidad.
- Existe un grado de efectividad mínima en la aplicación del acuerdo reparatorio, arribado entre el indiciado y la víctima; con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa, evidenciándose en su poca o nula incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal.

La presencia de factores jurídicos y extrajurídicos genera aspectos problemáticos
en los acuerdos reparatorios como solución de conflictos para lograr una
adecuada justicia restaurativa, lo que trae como consecuencia la aplicación
inadecuada y la inejecutividad de los acuerdos reparatorios.

Estoy seguro que existen muchas deficiencias en el presente trabajo, sin embargo, ello es la expresión de una preocupación académica; por lo que mi compromiso es ir mejorando en el transcurso del tiempo, toda vez que no hay trabajo perfecto, menos acabado.

El maestrante.

# II. MARCO TEÓRICO

# 2.1. Antecedentes de la investigación

Revisado las tesis sustentadas en la EPG – UNASAM y de otras universidades de nuestra región; no se ha podido encontrar algún trabajo de investigación similar o parecida a la presente por lo que podemos manifestar que la presente investigación será un aporte al entendimiento de la problemática jurídica respecto a los acuerdos reparatorios como un medio de solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y como incide está en la disminución de la carga procesal en el nuestro Distrito Judicial de Ancash, durante el periodo 2012.

En cuanto a investigaciones en el ámbito nacional se ha podido ubicar la investigación de HURTADO POMA, Juan Rolando (2010), con el título de: "Causas que no permiten una cabal aplicación de los Acuerdos Reparatorios en el distrito judicial de Huaura", Tesis para optar el Grado Académico de Magíster con Mención en Derecho Civil y Comercial, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la que sostiene que, los Acuerdos Reparatorios, se ve reducida debido a la falta preparación de los órganos que aplican; a la resistencia que se tiene por parte de los justiciable y abogados no informados en cuanto a la eficacia de la institución; a la falta de ejecutividad del acuerdo y posibilidad de reabrir su debate en cuanto a la persecución pena, razones por la cual se plantea modificaciones normativas como que el acta de acuerdo reparatorio constituya un título ejecutivo, además recomienda la inversión en la capacitación de los operadores jurídicos.

En la indagación vía internet virtual hemos podido encontrar la tesis de MANSILLA MALDONADO, Álvaro José (2005), titulada: "Acuerdos Reparatorios: análisis crítico desde la perspectiva de su real aplicabilidad y eficacia", Tesis para optar el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, en el que se fundamenta que la resolución alternativa de conflictos se caracteriza por estar cimentada en la cultura del diálogo, la colaboración mutua y las soluciones no adversariales, todo ello debe tener como presupuesto que las partes se encuentren en un plano de igualdad para debatir y negociar cuando la víctima tiene mayor poder que el imputado, ya que éste ha cometido un ilícito, razón por la cual se recomienda la modificación normativa correspondiente.

Pero se debe mencionar, revisado la información doctrinal al respecto, existen publicaciones, tanto a nivel de libros como de revistas especializadas nacionales y extranjeras que desarrollan el tema motivo de esta investigación; información que será tomada para la elaboración del marco teórico de la investigación.

#### 2.2. Bases teóricas

#### 2.2.1. Acuerdos Reparatorios

# 2.2.1.1. Antecedentes Legislativos.

Dentro de los nuevos Criterios de Oportunidad, en el nuevo Código Procesal Penal, se ha introducido los Acuerdos Reparatorios, aplicándose en la realidad desde el 1 de Julio del 2006 a la actualidad en Huaura como Distrito Judicial Piloto,

y luego en el resto de distritos Judiciales, aquella institución sin embargo, ha tenido una evolución legislativa como lo relataremos.

Uno de los primeros antecedentes ha sido el Principio de Oportunidad, el mismo que está vigente en nuestro país desde hace 19 años² sus éxitos son relativos; por lo que para reforzar dicha institución, en su aspecto cuantitativo y cualitativo y conforme al Nuevo Código Procesal Penal se ha introducido varios criterios de la Justicia Penal Negociada, uno de ellos precisamente son los Acuerdos Reparatorios, como un modo alternativo de resolver los conflictos de orden penal que sean disponibles; salida alterna que puede utilizarse cuando se cuenta con la aprobación del Fiscal o del Consentimiento válido de ambas partes³: la víctima y el acusado, se juntan para acordar una forma determinada para poner término al conflicto, sin necesidad de llegar a un juicio; históricamente, en nuestro país, no existe antecedente alguno con ese "nomen iures" de Acuerdos Reparatorios.

El Decreto Legislativo N° 638 que introdujo el Principio de Oportunidad en Perú entró en vigencia en el año 1991, allí en el Artículo 2, párrafo 3 se hablaba de un Acuerdo entre la víctima y el agente respecto a la Reparación Civil, pero ésta institución no fue desarrollada adecuadamente por la Circular No 006 - 95 - MP - FN pues permitía que el Fiscal variara sustancialmente a una transacción que se le presente, ni lo obligaba a seguir sus términos, al extremo que podía cambiar los

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> El Principio de Oportunidad entró en vigencia por el Decreto Legislativo No 638 del 27 de Abril de 1991, éste determinó el ingreso de algunas instituciones del Código Procesal Penal, entre ellas aquel Principio.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> DIEZ PICAZO, Luis (1996). "fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Editorial Civitas, Vol. I, Madrid, p. 147.

acuerdos en cuanto al monto y los plazos que contenía; obviamente esto vulnera a los acuerdos libremente adoptados por las partes.

Posteriormente el Principio de Oportunidad fue modificado sustancialmente cuando se introdujo con nombre propio a los Acuerdos Reparatorios mediante Ley 28117 del 2003 comprendiendo a los Acuerdos Reparatorios para los delitos culposos, lesiones leves, hurto y apropiación ilícita. Finalmente la Fiscalía de la Nación dictó un nuevo Reglamento de aplicación del principio de Oportunidad mediante Resolución N° 1470-2005-MP-FN (12 de Julio del 2005) desarrollando significativamente al Principio de Oportunidad, no así a los Acuerdos Reparatorios, guardando silencio absoluto; obviamente menos alcanzó, por razones de tiempo posiblemente-, a regular al actual Acuerdo Reparatorio contenido en el nuevo Código Procesal Penal.

Entre sus antecedentes legislativos internacionales podemos mencionar que a nivel internacional en Sudamérica, esta institución se viene aplicando antes que nosotros en primer lugar Costa Rica (Enero de 1998), Venezuela (Julio de 1999), luego Colombia y Chile (Octubre del 2000), entre otros. Considero en realidad que los países vienen adoptando a los Acuerdos Reparatorios movidos por la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder de la ONU suscrito en 1985, normativa internacional de Derechos Humanos en el cual se reconoce, entre otros, que toda Victima tiene derecho a tener acceso a mecanismos de la justicia rápida y una pronta reparación. Que esos procedimientos deben ser expeditos, justos, poco costosos y accesibles, que deben ser minimizadas las molestias causadas a las víctimas en la sustanciación

de sus causas, hay pues un interés preponderante de la víctima en la obtención de la reparación de los daños causados por el delito<sup>4</sup>, la implementación de los Acuerdos Reparatorios cumple en parte esa aspiración de la Declaración Universal.

Últimamente, ECOSOC<sup>5</sup>, viene implementando programas destinados a instaurar una justicia restaurativa en materia Penal, en una de sus declaraciones Resolución No 2002/12 se ha sostenido que aquella debe ser entendida como una "respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece al entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades".

Podemos apreciar que estos enunciados inspiran más a sistemas complementarios que a sistemas alternos de justicia; y si bien las recomendaciones no tienen fuerza vinculante, exige a los Estados adapten su normatividad a una justicia restaurativa, a cuyo fin señala una serie de contenidos, entre los cuales debe destacar las garantías de un tratamiento equitativo del infractor y de las víctimas, el deber de confidencialidad de los participantes en los diálogos, el examen por parte del fiscal o juez, según corresponda, de los acuerdos para dotarles del valor propio de una sentencia y las previsiones en caso de fracaso del proceso reparador y de incumplimiento de acuerdos, habiendo concedido un plazo de adaptación hasta el año 2006, creo nuestro país Perú ha cumplido con adaptar su legislación al día 1 de

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> HURTADO POMA, Juan Rolando (2010). "Causas que no permiten una cabal aplicación de los Acuerdos Reparatorios en el distrito judicial de Huaura", Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> EL ECOSOC es el Consejo Económico Social de las Naciones Unidas, labora juntamente con las Naciones Unidad para prevenir el crimen y mejorar el sistema de justicia penal.

Julio del año 2006, con la vigencia del nuevo Código Procesal Penal, sin embargo todavía falta la implementación de las consecuencias del incumplimiento de un Acuerdo Reparatorio y otros aspectos puntuales que lo vamos a mencionar en éste trabajo.

# 2.2.1.2. Definición y Naturaleza Jurídica del Acuerdo Reparatorio

Los Acuerdos Reparatorios son un mecanismo de composición entre la víctima y el imputado, de los cuales surge una solución diferente a la persecución estatal y la pena, la esencia de tal composición es que debe existir en principio un acuerdo.<sup>6</sup>

La naturaleza del acuerdo o consentimiento, pueden crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica, ¿podemos hablar que estamos ante los mismos presupuestos que conforman ¿La manifestación de voluntad de un acto jurídico? No, creo que debemos desestimar ésta posición de asimilar el acuerdo reparatorio a los requisitos de un acto jurídico, habida cuenta que tal institución solo es posible aplicar cuando se trata de relaciones jurídicas queridas - y el delito en especial no fue deseado en especial por el agraviado - y de origen lícito, por tanto el Acuerdo Reparatorio no se puede asimilar a un acto jurídico.

Sin embargo, merece atención las precisiones al respecto por el ilustre profesor Juan Espinoza<sup>7</sup>, en cuanto al hecho jurídico, dice: "Para autorizada doctrina italiana, "actos ilícitos (desde el punto de vista del derecho privado y

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> HURTADO POMA, Juan Rolando. Ob. Cit., p. 112.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008). "Acto Jurídico Negocial Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial", Editorial Gaceta Jurídica, Lima, pp. 29-36.

prescindiendo de los actos ilícitos penales) son aquellos que, queridos por el sujeto que los realiza y cumplidos contra una norma de ley, producen un daño a otro sujeto; y, a causa de ello, importan, para quien ha realizado el acto, la obligación de resarcir el daño inferido, sin embargo, la doctrina que vengo citando distingue el acto ilícito del negocio ilícito.

En el primero "un efecto jurídico (a cargo de quien lo comete, o de quien debe responder de él) se verifica contra la voluntad del agente". En el segundo, "el efecto que perseguiría quien declara la voluntad no se verifica, aun cuando sea querido". En el caso de los actos ilícitos, el efecto jurídico no querido al cual se está haciendo referencia es a la obligación de resarcir el daño, hay una exacta correspondencia entre el binomio hechos jurídicos humanos voluntarios ilícitos — actos ilícitos y el de actos ilícitos — negocios ilícitos. De tal manera, la "la ilicitud" no será una característica ajena, incluso en los negocios jurídicos".

Estas aseveraciones, le permitirán decir que el acto jurídico se materializa a través de la manifestación de voluntad y el negocio a través de la declaración de voluntad, por eso hay una relación de género a especie, concluye sosteniendo dos aspectos interesantes para éste trabajo: "Dentro de ésta concepción, es también acto jurídico el hecho humano voluntario ilícito.

La ilicitud (o ilicitud) de un hecho humano voluntario no puede desvirtuar su naturaleza de acto, "El acto jurídico es aquel hecho humano realizado voluntariamente, lícito o ilícito, del cual surgen efecto jurídicos", de lo que

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> HURTADO POMA, Juan Rolando. Ob. Cit., p. 116.

tentativamente se puede colegir que cuando las partes, utilizando su manifestación de voluntad, del imputado y del agraviado en un acuerdo reparatorio, existirá un acto jurídico, pues este abarca inclusive al hecho ilícito por extensión al delito y sus efectos que no fue querido por la víctima, pero de ninguna manera (víctima e imputado) estarán suscribiendo un negocio jurídico, pues este requiere una declaración de voluntad responsable, exteriorizando la "coordinación jerárquica de nuestros deseos", y con efectos estrictamente lícitos situación que no ocurre en el acto jurídico; bajo la óptica del maestro puedo entender que un Acuerdo Reparatorio será un Acto Jurídico, pero no un Negocio Jurídico.

Otra propuesta de entender la naturaleza jurídica es entender al acuerdo reparatorio como un contrato, situación que no permite construir, pues en principio no se trata de prestaciones estrictamente patrimoniales como lo exige el artículo 1361 del Código Civil, pues en los acuerdos pueden existir diversas formas de reparar el daño y lo patrimonial es solo una parte de ellas, pero lo fundamental en el contrato hay un acuerdo de dos o más partes para regular una relación, pero la víctima en ningún momento ha deseado dicha relación con el imputado, por lo que tal tesis la desestimamos.

La otra postura que quedaría es considerar que los Acuerdos Reparatorios tienen su origen a las obligaciones; el profesor español Diez Picasso<sup>9</sup> sostiene que una primera acepción de las obligaciones es utilizarlo como sinónimo de deber jurídico cuyo contenido es susceptible de recibir una determinada valoración económica, por consiguiente el deber jurídico aparece así como aquello que hay

<sup>9</sup> DIEZ PICAZO, Luis. Ob. Cit., p. 86

que hacer y la razón por la cual hay que hacerlo, desde ese punto de vista comprende la idea de responsabilidad; empero la idea de obligación expresa un enlace entre un derecho y un deber la obligación es una situación jurídica, en la cual una persona (acreedor) tiene un derecho, que pertenece a la categoría de lo que hemos llamado derechos personales o de crédito.

Es un derecho, que le permite exigir o reclamar un comportamiento de otra persona (deudor), que soporta el deber jurídico de realizar a favor de aquél un determinado comportamiento (deber de prestación). Así considerada, la obligación no sólo es el deber jurídico, sino también un derecho subjetivo. En esa relación, continúa diciendo el profesor Picasso, que en la obligación no solo hay el elemento de la deuda<sup>10</sup> a que se ha aludido, sino también hay el elemento responsabilidad, ambos como fenómenos separados, la deuda<sup>11</sup> (Shuld) indica solamente el deber de realizar una prestación. La responsabilidad (Haftung) es la sumisión o sujeción al poder coactivo del acreedor; dice textualmente: "....en el momento histórico más antiguo, las obligaciones nacen únicamente de los delitos.

La deuda es entonces el deber del autor del delito de pagar una compensación pecuniaria (Busse). La responsabilidad es en cambio la posibilidad que el demandante de la Busse y los miembros de su grupo familiar tienen que atacar al deudor en virtud de la pérdida de la paz....". Por eso en el período más antiguo del Derecho Romano las únicas fuentes de las obligaciones fueron el contratus y el delictum, siendo éste el que tuvo precedencia histórica; de manera que en una fase

<sup>10</sup> Ibídem.

11 lbídem.

inicial los delitos daban únicamente, de manera que sólo cuando para eludir la venganza privada se estableció, por medio de un negocio solemne, el deber de pagar una compensación, pudo hablarse de una obligación derivada del delito, aunque en rigor la obligación no deriva directamente del delito, sino de la promesa. En un momento posterior la compensación voluntariamente prometida fue sustituida por una compensación legal.

A partir de ese momento, cabe hablarse del delito como una fuente autónoma de obligaciones. En conclusión, las fuentes de las obligaciones fueron dos, primero el delito y segundo el contrato. Con el tiempo ambos pasaron a constituirse como dos grandes criterios para dividir lógicamente las fuentes: o bien la voluntad humana cristalizada a través de aquellos negocios idóneos de creación de obligaciones o bien determinados hechos diversos e independientes de aquella voluntad, pero de los cuales la ley deriva, por unas u otras razones, el nacimiento de una obligación.

Entonces, hasta acá podemos afirmar, que cometido el delito nace dos tipos de responsabilidades, una penal que exige una sanción y una civil que exige una reparación por el daño causado, posición que tiene un reconocimiento en el Artículo 92 del C.P. que refiere: "La reparación civil se determina conjuntamente con la pena"<sup>12</sup>; y cuál es el posible tratamiento que se da a ambos desde un punto de vista estrictamente legal? Al respecto el mismo Código Civil nos permite transigir la

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Diez Picasso opta por la presencia de la Tesis Intermedia que reconoce la distinción entre patrimonialidad de la prestación (en el cual la deuda es típicamente patrimonial) y la patrimonialidad del interés del acreedor (en el cual la deuda es extrapatrimonial y no necesariamente tener un valor pecuniario). DIEZ PICASSO, Luis. Ob. Cit. p. 86.

responsabilidad civil que emerge de un delito, para ello basta leer el Artículo 1306 del C.C. que a la letra dice: "Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito", transacción que siendo un modo de extinción de las obligaciones dará por fenecido la persecución desde el punto de vista civil; pero cuando hablamos de la obligación de responder por la afectación a un bien jurídico tutelado desde el punto de vista penal y bajo el Principio de Legalidad, que exige la persecución, no hay forma de extinguirlo sino es por las causales contenidas en el artículo 78 del C.P., no hay otra forma de extinción; empero por razones de política criminal, por reducir la carga frente a delitos que no tienen mayor reproche penal, a delitos de bagatela, frente a delitos en los cuales no es necesario la aplicación de la pena, el legislador a creado los Criterios de Oportunidad, el de última creación.

Los Acuerdos Reparatorios; institución en la que se parte no por el acuerdo de las partes, sino, en principio, se parte del consentimiento libre, voluntario y espontáneo que tiene que dar el indiciado - no otro sujeto procesal - para someterse a un acuerdo, y después recepcionar la propuesta del agraviado o del fiscal - en ausencia de éste - y si el acuerdo prospera, recién estamos ante un acuerdo reparatorio, Montero Aroca, comentando para el Principio de Oportunidad, pero que su razonamiento puede aplicarse a los Acuerdos Reparatorios.

El Principio de Oportunidad, responde a una 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, y así:

- a) Cuando se trata del Derecho Privado, y en él de normas que establecen verdaderos derechos subjetivos, que son principalmente económicos, el punto de partida es el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de estos derechos subjetivos, de modo que se reconoce la existencia de relaciones jurídicas materiales, de las que existen titulares activo y pasivo, con lo que estamos ante la existencia de verdaderos derechos subjetivos, por un lado, y de obligaciones, por el otro. Siempre existirá, pues, quien afirma ser titular de un derecho subjetivo y a quien imputa la titularidad de la obligación,
- b) El Derecho objetivo privado se aplica principalmente por los particulares, y ello hasta el extremo de que los tribunales del Estado, por medio del proceso, proceden a la actuación de ese derecho privado sólo de modo excepcional el derecho privado es aplicado por los particulares millones de veces cada día y sólo en poquísimas ocasiones, por lo menos relativamente, se pide a un órgano judicial, por un particular y contra otro particular, que proceda a la actuación de ese derecho.
- c) Cuando un derecho subjetivo privado es desconocido o violado, el proceso civil, y con él la actuación de un tribunal, no es el único sistema para su restauración, pues el particular que se cree titular de ese derecho puede desde dejarlo insatisfecho hasta acudir a sistemas no jurisdiccionales de solución de conflictos, el ordenamiento jurídico le impedirá utilizar medios de autotutela. (tomarse la justicia por su propia mano), pero le quedan abiertas todas las posibilidades de autocomposición (solución del conflicto por las partes del mismo,

generalmente por medio de la transacción) y de heterocomposición (solución del conflicto por medio de la decisión de un tercero ajeno al mismo, normalmente el arbitraje, pero no el único).

d) El acudir a los órganos judiciales del Estado, pidiendo la incoación de un proceso civil, es algo que queda en manos de los particulares, pues son ellos lo que tienen que decidir si es oportuno o no para la mejor defensa de sus intereses el acudir a los tribunales, de modo que el proceso sólo podrá iniciarse cuando un particular lo pida expresamente y de la misma manera que la ley prevé<sup>13</sup>.

El Proceso no podrá iniciarse nunca de oficio por el juez, pero tampoco podrá instarlo alguien distinto en particular, alguien que no llegue a afirmar ser titular del derecho subjetivo, con lo que se excluye también al Ministerio Público.<sup>14</sup>

Es claro pues, luego de éste breve recuento, que la comisión de un delito emerge una obligación, ella tiene como fuente la ley y no el acuerdo de voluntades, bajo el Principio de Legalidad solo quedaría perseguir, pero por el Principio de Oportunidad, el legislador en casos perfectamente reglados, determina que delitos pueden ser materia de un acuerdo y lograrse su extinción desde el punto de vista penal, para ello, se requiere en principio reconocer la libertad del indiciado de decidir su forma de actuación frente a las consecuencias del delito que ha cometido - no hay acuerdo reparatorio valido, si de por medio no hay mínimamente, una causa probable de un delito - y luego reconocer la autonomía de su voluntad, aunque

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> HURTADO POMA, Juan Rolando. Ob. Cit., p. 126.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> MONTERO AROCA, Juan (2008). "Proceso Penal y Libertad, Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal", Editorial Thomson Civitas, Madrid, p. 42.

constreñido por los cargos penales que se le formula en la investigación preliminar, de someterse a un proceso alterno al proceso penal tradicional, ese consentimiento es el que abre las puertas de los Acuerdos Reparatorios, y de ser exitosos con el agraviado y el fiscal, su consentimiento será suficientemente válido para extinguir su persecución penal del cual es objeto.

# 2.2.1.3. Los Acuerdos Reparatorios y los Bienes Jurídicos Disponibles

Los bienes jurídicos en materia penal, tiene un concepto bien definido, el profesor José Hurtado<sup>15</sup> 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, obviamente éstos bienes suponen un juicio valorativo, que también son indisponibles para los ciudadanos. En esa perspectiva, si hay bienes indisponibles debe existir también bienes disponibles, para determinar lo uno y lo otro, debemos apreciar si se trata de 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 más allá de lo que individualmente le corresponda.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> HURTADO POZO, José (2005). *"Manual de Derecho Penal – Parte General"*, 3ra. Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, p. 58.

Por ejemplo, el legislador Venezolano, ha limitado la disponibilidad a bienes jurídicos patrimoniales, con lo cual es posible un acuerdo reparatorio en casos de delitos contra el orden económico, y otros similares, situación que no es posible en nuestro país, dado a que 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 jurídicas, pero no va más; hablar de 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<sup>16</sup>, nuestro país al parecer va por la primera versión del país venezolano admitiendo los Acuerdos indistintamente a todos los delitos culposos y si realizamos una interpretación auténtica del ordinal 6to del NCPP, podemos apreciar que los Acuerdos solo alcanzan a bienes jurídicos disponibles.

#### 2.2.1.4. Casos de Procedencia de Acuerdos Reparatorios

Los Acuerdos Reparatorios regulado por el legislador es taxativo como lo hemos mencionado, es decir, no procede en todos los delitos, sino solo en determinados delitos, tales como: a) Art. 122° CP: Lesiones dolosas menos graves, b) Art. 185° CP: Hurto simple, c) Art 187 CP: Hurto de Uso, d) Art. 189-A CP: Hurto Simple de Ganado, e) Art. 190° CP: Apropiación Ilícita Común, f) Art. 191° CP: Sustracción de Bien Propio, g) Art. 192° CP: Apropiación Irregular, h) Art.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> HURTADO POMA, Juan Rolando. Ob. Cit., p. 128.

193° CP: Apropiación de Prenda, i) Art. 196° CP: Estafa, j) Art. 197° CP: Defraudación, k) Art. 198° CP: Administración Fraudulenta, l) Art. 205° CP: Daño Simple, ll) Art. 215 CP: Libramiento indebido, m) Delitos culposos: En estos casos es evidente que el autor o agente no exhibe una conducta dolosa, ni proclive a la delincuencia, sino que por azares del destino, unido a su negligente actuación, aparece como autor de un ilícito. La norma contenida en el ordinal 6to del artículo 2 del NCPP, nos remite a los casos de delitos culposos al decir: "... y en los delitos culposos." (sic), esa enunciación parece ser bien amplia y en consecuencia comprendería a todos los delitos culposos al no hacer distinción alguna, por tanto, parece ser posible hacer una interpretación extensiva a todos los delitos culposos dado a que es una regla de hermenéutica que "no debemos distinguir donde la ley no distingue" en consecuencia bajo ésta óptica parecería que es posible realizar un acuerdo reparatorio con funcionarios o servidores públicos que han cometido delitos culposos?

Una interpretación correcta de la norma permite concluir que no es posible un semejante acuerdo con un funcionario, dado a que el acuerdo para estos casos no está basado en la falta de merecimiento de la pena o falta de necesidad de la pena, sino que la prohibición está contenida en el literal b) del ordinal 1° del Artículo 2° del NCPP, esto es que no se puede celebrar un Criterio de Oportunidad (o acuerdo reparatorio) por existir grave afectación del interés público, por tratarse de funcionarios públicos que han actuado en el ejercicio de sus funciones y porque no estamos ante bienes de libre disposición, sino al contrario son bienes indisponibles, como la salud, el medio ambiente, la seguridad y la correcta Administración de Justicia, que corresponde a una colectividad y por tanto

indisponible; máxime que la norma en forma expresa admite un acuerdo reparatorio cuando se trate de bienes disponibles; por consiguiente con una interpretación "a contrario sensu" no cabrá un acuerdo reparatorio cuando hay un bien jurídico indisponible.

Y finalmente podemos agregar, la regla en la persecución de los delitos, es que debe imperar el Principio de Legalidad, sin embargo, por razones de política criminal se ha creado el Principio de Oportunidad, éste es la excepción a la regla, el legislador, precisa que delitos o bajo qué criterios tasados, algunos delitos pueden ser sometidos a criterios de oportunidad; por consiguiente, extender ese catálogo de excepción a delitos en los cuales está prohibido invitar a dichos criterios en forma expresa, como son las categorías de "bienes indisponibles" o de "funcionarios o servidores públicos", por consiguiente una norma de hermenéutica, es que las normas de excepción o que restringen derechos no se puede interpretar extensivamente o por analogía.

Sin embargo, en el ámbito procesal penal la situación es muy especial, pues se da un régimen de protección al imputado, por tanto la interpretación extensiva de una norma de excepción si es posible si es que ella favorece la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos<sup>17</sup>, así lo consagra in fine del ordinal 3ro del artículo VII del TP del CPP; éste tema resulta espinoso por los criterios de interpretación que se manejan, en todo caso será la jurisprudencia "fiscal" o judicial la que determine la forma correcta de interpretación; tomando partida por uno u

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> El Artículo IV del TP del C.C. dice textualmente: "La Ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

otro caso, pienso que un Acuerdo Reparatorio que viole un bien indisponible y que corresponde a una colectividad o protege un interés difuso o cautela un interés público preponderante y se haya violado gravemente, no procederá un Criterio de Oportunidad, independiente si se trata o no de un funcionario público.

Desde éstos últimos criterios enunciados, aprecio que no es posible un acuerdo reparatorio, entre el procurador público y el inculpado (servidor o funcionario público) por ejemplo para el caso de delito de omisión de deberes de funcionarios públicos conforme al artículo 229°; caso de espionaje culposo cometido por funcionario público del Artículo 331° segundo párrafo; caso de atentado contra evidencia en el proceso si es cometido por servidor público (secretario o auxiliar jurisdiccional o fiscal) contenido en el artículo 372° segundo párrafo; caso de fuga por culpa si es cometida por el servidor público conforme al Artículo 414 tercer párrafo; atentados contra los medios de transportes, comunicación y otros servicios públicos cuando hayan intervenido funcionarios o servidores públicos, con arreglo a lo previsto por el artículo 282; delitos de contaminación y propagación culposos en los que hayan intervenido funcionarios o servidores públicos con arreglo a lo dispuesto por el artículo 286, segundo párrafo, 292 y 295; caso de delitos ambientales, cuando de por medio hay informes emitidos por funcionarios o servidores públicos que den lugar al tipo penal contenido en el artículo 304, segundo párrafo del Código Penal, entre otros.

Los Acuerdos Reparatorios, también, no proceden cuando hay pluralidad importante de víctimas, lo que quiere decir, que no se trata de cualquier pluralidad, sino de una pluralidad importante de víctimas, cabe entonces preguntarse, cuando

hay una pluralidad importante de víctimas? Dependerá en cada caso y queda a discreción del Fiscal determinar cuando estamos frente a una pluralidad importante de víctimas en el cual ya no es posible llevar adelante un Acuerdo Reparatorio, por ejemplo si en un ómnibus viajan 50 pasajeros y se lesionan culposamente 5 será posible el acuerdo considerado el número de ilesos que es la inmensa mayoría, será posible un acuerdo reparatorio, cuando en un vehículo menor viajan tres y son lesionados dos, estaremos ante una pluralidad importante considerando que se han lesionado mas de la mitad de sus ocupantes por no tener el deber objetivo de cuidado específico el respectivo chofer, considero que es un tema por desarrollar tomando en cuenta el caso en concreto, por consiguiente hablar de "pluralidad importante de víctimas" no es una categoría pacífica, sino dependerá en cada caso que se presente y como resuelven los órganos fiscal o judicial.

cuando hay concurso con otro delito no es posible un Acuerdo, pero será posible si hay concurso de delitos, cuando el bien afectado sea de menor gravedad; me parece que el Artículo 124° del Código Penal, relata muchos temas discutibles, pese a que a simple vista, siendo un delito culposo, es posible un Acuerdo Reparatorios y punto. Pero, los problemas hermenéuticos salta a la vista, dado a que existen varios sub tipos: por ejemplo, el segundo párrafo ab initio, admite un Acuerdo Reparatorio si el delito de lesiones culposas fue producto de la inobservancia de las reglas de profesión, ocupación o industria siempre que no haya una pluralidad importante de víctimas; en el mismo segundo párrafo in fine, en el supuesto ya expresado, pero, si hay una pluralidad importante de víctimas, el acuerdo no procederá por mandato del ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP; el tercer párrafo de la norma penal

sustantiva, nos relata otro supuesto, si el sujeto activo del delito estuvo bebiendo licor, y procede a conducir su vehículo ya ha cometido un delito de peligro común, pero luego, conduciendo éste atropella y causa lesiones culposas graves, no podrá existir Acuerdo Reparatorio, porque ambos bienes son indisponibles y la norma del ordinal 6to del NCPP, solo admite aquel acuerdo cuando hay bienes disponibles; aún si el delito de lesiones sea leve no podrá haber Acuerdo Reparatorio, en función a que el bien afectado - la Seguridad Pública - por la conducción en estado de ebriedad es indisponible<sup>18</sup>, sobre el cual la norma no admite el acuerdo conforme al ordinal 6to in fine, interpretado "a contrario sensu".

La situación sobre el homicidio culposo no es tan diferente, si se trata de un homicidio culposo tipo simple ya hemos tomado partido que sí procede un acuerdo reparatorio, pese a la discusión si la muerte es un bien disponible o no, pero se viene realizando Acuerdos Reparatorios en forma constante; el problema surge en todos los sub tipos penales contenidos en el segundo y tercer párrafo el tipo penal del 111, en el cual considero que no proceden los Acuerdos Reparatorios por la presencia de bienes jurídicos indisponibles y por la presencia de varias víctimas, en uno y otro caso hay concurso con un bien indisponible y de mayor valor que es la vida humana.

# 2.2.1.5. Requisitos para la aplicación del Acuerdo Reparatorio

Dependiendo de la etapa en que se formaliza el Acuerdo Reparatorio, será el

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Los grados de alcoholemia, por ejemplo los fija el legislador, sin admitir parto en contrario; al respecto ha introducido un sistema diferenciados, para el servicio particular se exige que el alcohol en la sangre sea superior a 0.5 gramos-litro, pero para el caso del transporte público basta que sea superior a 0.25 gramos-litro, conforme a la modificación introducida por la Ley N° 29439.

Fiscal quien en la etapa de la Investigación Preliminar y el Juez en la etapa de la Investigación Preparatoria, los llamados a verificar que quienes concurran al acuerdo (víctima e indiciado) hayan prestado su consentimiento en forme libre, con pleno conocimiento de sus derechos vigente y de los que renuncian, así como que efectivamente están ante la presencia de un hecho punible. Es conveniente que el agraviado concurra con su Abogado de elección o con el Abogado de víctimas y testigos que tiene la Fiscalía y el indiciado concurra con su abogado de elección o defensor de oficio, pues será el consentimiento de ambos el que generará un Acuerdo jurídico de tal magnitud que permita al Fiscal abstenerse de ejercitar la acción penal.

El consentimiento del indiciado debe ser libre y bien informado, se requiere del reconocimiento por parte del autor, de los hechos materia de la imputación, así como también, de su reconocimiento de haber cometido un hecho que ha causado un daño o perjuicio a una víctima real y concreta y estar dispuesto a reparar; por eso no debemos olvidar que éste consentimiento es el único que sustenta al acuerdo, en el cual renuncia a sus derechos a la presunción de inocencia, de controvertir la prueba, de motivación de resoluciones, de juicio oral, público y previo admite "responsabilidad" para someterse a un Acuerdo Reparatorio en el cual no debe existir algún interés jurídico prevalente, ni estar ante un funcionario público que haga que éste Acuerdo sea socialmente perjudicial. Si bien el consentimiento debe ser directo, es posible que en ocasiones, con mandatario debidamente facultado y con poder especial, pueda negociar aquel por el mandante o indiciado, y es que en el fondo no se requiere en algunos casos la presencia del mismo sujeto activo del

delito, pues de exigir ello, en muchas ocasiones puede quebrar la audiencia de formalización del Acuerdo reparatorio con evidente perjuicio del agraviado.

El consentimiento del agraviado también debe recibirse, pues como titular del bien jurídico ofendido debe dar su pleno y libre consentimiento, habida cuenta que se va a negociar sobre un bien que se encuentra dentro de su esfera de libre disposición, pues si apreciamos con cuidado en todos los delitos en que proceden los acuerdos, todos son los que la víctima puede disponer jurídicamente (salvo el derecho a la vida obviamente).

Presencia de un hecho punible los Acuerdos Reparatorios solo son válidos en la medida que se haya suscrito sobre la base de un hecho punible, es decir, de una conducta que conforme a nuestro ordenamiento penal resulta que el hecho es punible y se espera como resultado una sanción; si es que no hay un hecho punible simplemente no podrá existir un Acuerdo válido, el profesor Hurtado Pozo, siguiendo a la doctrina alemana que admite la Teoría de la Diferenciación<sup>19</sup>, distingue el acuerdo del consentimiento.

Se incluyen en el Acuerdo (Einverstandnis) todos aquellos delitos que se dirigen directamente contra la voluntad de la víctima y su libre ejercicio, en éste caso, la voluntad sería de "orden natural" y no la que se requiere para que se dé el consentimiento. Por ejemplo, el hurto implica ruptura de la posesión; es decir, sustracción del bien mueble ajeno contra la voluntad de su propietario. Si éste niño de siete años de edad con discernimiento, regala uno de sus bienes muebles o

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> JESCHECK, Hans (1981). "Tratado Derecho Penal Parte General", 4ta. Edición, Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona, p. 203

autoriza a un tercero para que se lo apropie no se realiza el tipo legal previsto en el artículo 185. La Violación de domicilio (art. 159) supone que el agente penetre o permanezca en casa ajena sin derecho, sin autorización del titular: Todos estos actos, debido al acuerdo del titular del bien jurídico, no son conformes a los tipos legales correspondientes porque el bien no ha sido perjudicado. Debido a que el titular está de acuerdo con la acción, ésta se convierte en un "proceso normal entre ciudadanos en el marco del orden social dado".

En el Consentimiento (Einwilligung) propiamente dicho, por el contrario y conforme a la concepción mayoritaria, concierne a los casos en los que el acuerdo del titular del bien jurídico no es un elemento del tipo legal y sólo sería una causa de justificación si se dan todas las condiciones exigidas para que la manifestación de voluntad sea válida. Este criterio supone que el acto realizado es conforme al tipo legal: el agente inutiliza o destruye el bien mueble o inmueble (Artículo 205) o lesiona una persona (Art. 121). El carácter ilícito de estos comportamientos es excluido por el consentimiento del interesado. De modo que obrar con la conformidad del afectado no constituye en este caso un proceso normal de la vida social, sino que se trata de un daño que, a pesar de ser bastante doloroso, el titular del bien jurídico, en uso de su libertad de disposición, está dispuesto a soportar por cualquier razón.

El fundamento invocado, con frecuencia, es el derecho a la autodeterminación (en tanto que derecho consuetudinario) o a la libertad personal consagrada por la Constitución. Pese, a que el profesor Hurtado Pozo sostiene que es difícil e inconveniente establecer condiciones distintas para el Acuerdo y el

Consentimiento, por tanto, la determinación de las condiciones relativas a las dos circunstancias, y por lo tanto, a la exclusión de la tipicidad, supone considerar tanto la naturaleza del bien jurídico atacado como el comportamiento del agente; el fundamento pues del Consentimiento se deduce con claridad que sólo concierne a los bienes jurídicos individuales; es decir, a los bienes relativos a la misma persona de quien consiente y por tanto disponibles.

En efecto, si la doctrina nacional e internacional, admite que si de por medio un Acuerdo excluye la tipicidad del delito y un Consentimiento constituyen causa de justificación y en ambos casos, es porque el bien jurídico es disponible al ser personal, y no permite una adecuada vigencia del Principio de Legalidad; como es que "ex post" podemos exigir que siga vigente el Principio de Legalidad, si por el consentimiento del imputado y la víctima se puede subsanar el daño? ergo, el consentimiento "ex post" al hecho punible, sirve para extinguir el delito, pero el consentimiento (o acuerdo) "ex ante" puede servir para sostener que el delito está justificado o ha quedado excluido del tipo penal.

Hacemos por tanto, una apreciación muy personal, si el consentimiento a la lesión del titular del bien jurídico conduce a la desaparición de la lesividad del comportamiento, e incluso en ocasiones a la propia acción delictiva tipificada, en nuestro caso por ejemplo el artículo 20° ordinal 10° del Código Penal, que precisa que están exentos de responsabilidad penal quienes actúan con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición<sup>20</sup>, si esto es así como es que no se podría permitir a la víctima llegar a un acuerdo reparatorio sobre un bien

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Artículo 20° ordinal 10° del Código Penal Peruano.

jurídico suyo y disponible que fue afectado?, por eso el sustento jurídico de un acuerdo reparatorio para la víctima se encuentra en la disponibilidad del bien jurídico, tal como lo hace notar la parte final del ordinal 6to del Artículo 2° del NCPP, allí radica parte de su naturaleza.

Presencia de un funcionario autorizado, si es en sede de la investigación preliminar el funcionario que lleva adelante la mayoría de los casos de un Acuerdo Reparatorio es un fiscal y si es en sede de la investigación preparatoria es un juez, ambos tienen la obligación de verificar en principio que se está frente a un delito, en segundo lugar que se está frente a un delito que se encuentra dentro del catálogo de poder suscribir un Acuerdo Reparatorio, en tercer lugar tendrá que apreciar que se cuenta con el consentimiento del indiciado, la renuncia a sus derechos fundamentales y la aceptación en la comisión del delito y su voluntad de reparar.

La presencia de ambos funcionarios en las etapas ya mencionadas es fundamental en ausencia de la víctima, pues ellos tendrán que determinar una reparación adecuada al agraviado, el plazo, el monto, las cláusulas para su debido cumplimiento y el eventual cierre de la persecución penal. Por ejemplo, se desnaturaliza un Acuerdo en el cual el Fiscal impone un acuerdo reparatorio, situación que violentaría la esencial fundamental de los Acuerdos Reparatorios de ser consensuadas, pero, la norma contenida en el artículo 2º ordinal 6º, párrafo 2º in fine del NCPP, menciona que el Fiscal puede promover de oficio un acuerdo reparatorio, y en la parte final de la norma ya mencionada dice: "Rige en lo pertinente el numeral 3)" es una norma de remisión que nos envía al Principio de

Oportunidad<sup>21</sup> en el cual el Fiscal puede determinar el monto de la reparación civil que corresponda en caso de inasistencia del agraviado y la otra facultad es, que si no se llega a un acuerdo sobre el plazo para el pago de la reparación el Fiscal lo fija sin que pueda exceder de nueve meses.

Fijar un monto ya es un exceso que puede perjudicar al agraviado, por lo que el Fiscal debe agotar sus esfuerzos para hacer concurrir al interesado y juntos proponer el monto adecuado. En cambio, si entre el agraviado y el inculpado ya se han puesto de acuerdo en el monto de la reparación, pero no en el plazo, bien puede el Fiscal o el Juez zanjar la discusión fijando un plazo en el pago de la reparación cuando se va a realizar en cuotas que como dice la norma no pueden exceder de nueve, hay que tomar en cuenta que es una limitación legal para el funcionario público; pero no para las partes, quienes de acuerdo a sus intereses, pueden ellos, fijar un plazo distinto sin que se afecte el acuerdo reparatorio al cual ellos mismos han llegado.

Finalmente, hay un problema, que pasa si el inculpado y el agraviado, en cualquiera de las etapas suscriben un acuerdo reparatorio sea en documento privado con firma legalizada o por Escritura Pública ante Notario, el Fiscal y el Juez solo estarán vinculados a dictar la Abstención del Ejercicio de la Acción penal y el sobreseimiento respectivamente? O ambos funcionarios Juez y Fiscal podrán realizar acciones de control en principio si hay un hecho punible y si la voluntad del imputado y del agraviado son libres.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Artículo 2° ordinal 6°, párrafo 2° in fine del Nuevo Código Procesal Penal.

Estimo, que si en el Despacho del Fiscal se le puso un documento (privado legalizado o Escritura Pública) para que dicte la disposición de abstención, sin que exista delito o sea manifiesta la ausencia de libertad en el consentimiento de la víctima o agraviado, deberá rechazar el Acuerdo Reparatorio, y lo mismo debe realizar el Juez a su turno, habida cuenta que ambos son defensores de la legalidad, cualquier acuerdo no puede ser suscrito como Acuerdo Reparatorio, pues solo los que tienen naturaleza penal son los admisibles; caso contrario podríamos estar dando pié a acciones delictivas, a la ocultación de verdaderos autores del ilícito penal o que tienda a torcer la correcta Administración de Justicia; en conclusión dichos funcionarios al aprobar no son "convidados de piedra" sino que tienen que realizar el test de legalidad del propio Acuerdo.

### 2.2.2. La justicia Restaurativa

### 2.2.2.1. Antecedentes Contemporáneos

Contemporáneamente, se encuentran experiencias relacionadas con la aplicación de las técnicas propias de la teoría de la justicia restaurativa, así por ejemplo podemos citar los siguientes: En los pueblos indígenas y aborígenes de ciertos países, como Australia, Nueva Zelanda, Estados Unidos y Canadá donde se habían venido practicando ciertos modos de Justicia Restaurativa, los cuales, se han ido adaptando al devenir de los tiempos dando lugar a ejemplos como los Tratados de Paz y Círculos de Sentencia, tomados de la esencia tradicional de estos pueblos nativos. Hacía 1974, la primera Corte que ordenó una sentencia de Justicia

Restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario<sup>22</sup>. Dos jóvenes, capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 propiedades dañadas, lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado.

El éxito de este caso permitió el establecimiento del primer programa de Justicia Restaurativa, en Kitchener, conocido como Programa de Reconciliación entre víctima y ofensores<sup>23</sup>. En Elkhart, Indiana el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-1978 por agentes de la libertad condicional que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada "El Centro para Justicia Comunitaria". Programas similares están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto con muy diferente variedad de formas para hacerlo.

La Asociación de Mediación víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hace varios años para unir tales programas. En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar al FIRM (Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido). En Nueva Zelanda, se originó en 1989 lo que se conoce como Conferencia de Grupos Familiares, en la comunidad indígena Maorí, también introdujo este modelo en su sistema de Justicia Juvenil.

<sup>22</sup> VAN NESS, Daniel (2006). "Restoring Justice", Editorial Lexis Nexis, 3ra. Edición, Washington DC – USA, p. 176.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> ZEHR, Howard (1997). "Fundamental Concepts of Restorative Justice", Akron, Pennsylvania Menonite Central Cominitte, p. 78

## 2.2.2.2. Contexto Teórico - Conceptual

El término justicia restaurativa, fue probablemente creado por Albert Eglash en un artículo de 1977, en el que sugiere que hay tres tipos de justicia penal: 1) justicia retributiva, basada en castigo, 2) justicia distributiva, basada en el tratamiento terapéutico de los delincuentes y 3) justicia restaurativa, basada en la restitución. Tanto los modelos de castigo y tratamiento, se centran en las acciones de los delincuentes, negando la participación de la víctima en proceso judicial, y requieren meramente una participación pasiva del delincuente. La justicia restaurativa, por otro lado se centra en los efectos dañinos producidos por el crimen e involucra activamente a las víctimas y los delincuentes, en el proceso de reparación y rehabilitación.

Un número de personas ha adoptado el término "Justicia Restaurativa", pero han dado significados algo distintos. Howard Zehr, menciona una analogía con lentes de cámara y sugiere que hay dos lentes alternativos: justicia retributiva y justicia restaurativa. Así es como describe la justicia restaurativa: "el delito es una violación contra personas y sus relaciones. Eso crea obligaciones en hacer las cosas bien.

La justicia involucra a la víctima, al delincuente y a la comunidad en una búsqueda por soluciones que promuevan reparación, reconciliación y tranquilidad"<sup>24</sup> Wesley Cragg describe la justicia restaurativa como un proceso: "resolver conflictos de modo que se reduzca el tener que recurrir al uso justificado

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Ibíd., p. 82.

de la fuerza". Martín Wright añade que el modelo nuevo, es uno "en el que la respuesta al delito sería, no colaborar con el daño causado al imponer mayor daño al delincuente, sino hacer cuanto sea posible por restaurar la situación.

La comunidad ofrece ayuda a la víctima; al delincuente se le encuentra responsable y se requiere que de reparación. No solo se daría atención al resultado, sino también a evolucionar un proceso que respetaría sentimientos y humanidad tanto de la víctima como del delincuente". Otros han elegido usar términos diferentes. Ruth Morris habla de "justicia transformadora", enfatizando que el crimen no solo es una violación a las personas y a las relaciones, sino que también ofrece una oportunidad de transformación, para esas personas y relaciones que pueden lidiar con la causas del delito, y de ese modo, incrementa la seguridad en la comunidad. Jonathan Burnsibe y Incola Baker, han usado el término "justicia relacional", resaltando la importancia de pensar en las dimensiones de relación del crimen resaltando la importancia de pensar en las dimensiones del delito. Marlen Young, utiliza el término "justicia de comunidad restaurativa", para recalcar la importancia de que la comunidad se involucre, y el valor y potencia de la acción comunitaria, en la prevención del delito.

La justicia restaurativa es un movimiento, dentro del sistema de justicia criminal, que se enfoca más en los daños de las víctimas, las comunidades, y los ofensores causados por el delito. Hay muchas definiciones para la justicia restaurativa. Algunos se enfocan en los procesos usados para hacer decisiones.

Otros usan valores para describir la justicia restaurativa. Dan Van Ness ha desarrollado una definición que combina estos dos elementos: "La Justicia

Restaurativa es una teoría de la justicia que enfatiza la reparación de los daños causados o revelados por la conducta criminal. Para realizarlo, es necesario usar procesos cooperativos que incluyen todas las partes que tiene un interés en el delito: víctima, ofensor y miembros de la comunidad"<sup>25</sup>.

## 2.2.2.3. Teoría Conceptual sobre Justicia Restaurativa

La justicia restaurativa es un proceso de colaboración que involucra a las "partes interesadas primarias", es decir, a las personas afectadas de forma más directa por un delito, en la determinación de la mejor manera de reparar el daño causado por el delito. Pero, ¿Quiénes son las partes interesadas primarias en la justicia restaurativa y cómo deben participar en la búsqueda de la justicia? y la respuesta a la interrogante anterior como se ha venido diciendo, son las víctimas afectadas directamente y los delincuentes que han ocasionado el daño.

La forma de cómo llegar a la búsqueda de la justicia, parte de fundamentalmente de la participación activa de cada uno. Paul Maccold y Ted Wachtel,<sup>26</sup> proponen que la teoría de la justicia restaurativa cuenta con tres estructuras: 1) La ventana de la disciplina social, 2) La función de las partes interesadas y 3) La tipología de las prácticas restaurativa. Cada una de ellas a su vez explica el cómo, qué y quién de la teoría de justicia restaurativa.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> VAN NESS, Daniel (2006). "Conferencia Presentada en el Primer Congreso de Justicia Restaurativa", San José – Costa Rica, Junio.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted (2003). "Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología", Rio de Janeiro — Brasil, p. 2. Disponible en sitio web: <a href="http://canada.iirp.edu/uploads/article-pdfs/paradigm-span.pdf">http://canada.iirp.edu/uploads/article-pdfs/paradigm-span.pdf</a>, visitado 15 de junio de 2012.

### a. Ventana de la disciplina social

El castigo y otras opciones están ilustrados en la Ventana de la disciplina social (figura 1), la cual genera mediante la combinación de dos secuencias: "control" imponer limitaciones o ejercer influencia sobre otros, y "apoyo", enseñar, estimular o asistir a otros.

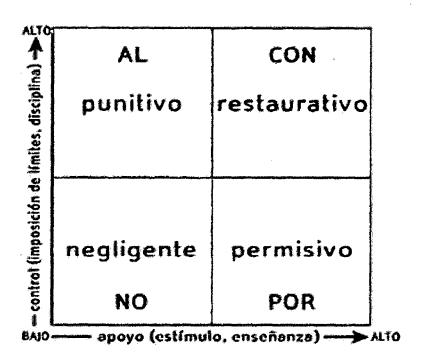


Figura Nº 1 - Ventana de la disciplina Social<sup>27</sup>

Toda persona en la sociedad con un papel que suponga autoridad enfrenta opciones al decidir cómo mantener la disciplina social: los padres que educan a sus hijos, los maestros en las aulas, los empresarios que supervisan a sus empleados o los administradores de justicia que actúan ante los delitos. Hasta hace poco las sociedades occidentales se basaban en el castigo, generalmente percibido como la

<sup>27</sup> Ibídem.

única manera eficaz de disciplinar a aquellas personas que proceden mal o comenten un delito.

Por razones de simplicidad, las combinaciones de cada una de las dos secuencias se limitan a "alto" y "bajo". Un control social alto se caracteriza por la imposición de límites bien definidos y el pronto cumplimiento de los principios conductuales. Un control social bajo se caracteriza por principios conductuales imprecisos o débiles y normas de conducta poco estrictas o inexistentes.

Un apoyo social alto se caracteriza por la asistencia activa y el interés por el bienestar. Un apoyo social bajo se caracteriza por la falta de estímulo y la mínima consideración por las necesidades físicas y emocionales. Mediante la combinación de un nivel alto o bajo de control con un nivel alto o bajo de apoyo la Ventana de la disciplina social define cuatro enfoques para la reglamentación de la conducta: punitivo, permisivo, negligente y restaurativo.

El enfoque punitivo, con control alto y apoyo bajo, se denomina también "retributivo". Tiende a estigmatizar a las personas, enmarcándolas indeleblemente con una etiqueta negativa. El enfoque permisivo, con control bajo y apoyo alto, se denomina también "rehabilitativo" y tiende a proteger a las personas para que no sufran las consecuencias de sus delitos. Un control bajo y un apoyo bajo son simplemente negligentes, un enfoque caracterizado por la indiferencia y la pasividad.

El enfoque restaurativo, con control y apoyo alto, confronta y desaprueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de

la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente.

El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente.

Cuatro sílabas sirven como referencia para distinguir los cuatro enfoques: NO, POR, AL y CON. Si el enfoque es negligente, NO se hará nada en respuesta a la conducta delictiva. Si es permisivo, se hará todo POR el delincuente, pidiendo poco a cambio y a menudo tratando de justificar el delito. Si es punitivo, se responderá haciéndole algo AL delincuente, amonestándolo y castigándolo, pero esperando poca participación reflexiva o activa por parte del delincuente. Si es restaurativo, se comprometerá CON el delincuente y otras personas, fomentando una participación activa y reflexiva por parte del delincuente e invitando a todas aquellas personas afectadas por el delito a participar directamente en el proceso de subsanación y de aceptación de responsabilidad. El compromiso cooperativo es un elemento fundamental de la justicia restaurativa.

### b. Función de las partes interesadas

La segunda estructura de la teoría de justicia restaurativa, las Funciones de las partes interesadas (figura 2), relaciona el daño causado por el delito con las necesidades específicas de cada parte de dicho delito y con las respuestas

restaurativas necesarias para satisfacer dichas necesidades. Esta estructura causal, diferencia los intereses de las partes interesadas primarias – aquellas personas más afectadas por un delito específico – de los de las personas indirectamente afectadas.

Figura Nº 2 - Función de las partes interesadas<sup>28</sup>

	Daño	Necesidades	Respuestas
	PARTES IN	TERESADAS PRIMA	\rias
Víctima(s)	directo	especificas	nctivn(s)
Delincuente(s)	directo	especificas	activa(s)
Familias+	directo	específicas	activa(s)
	PARTES INT	eresadas secuni	DARIAS
Vecinos+	indirecto	colectivas	de apoyo
Funcionarios+	indirecto	colectivas	de apoyo

Las partes interesadas primarias son, principalmente, las víctimas y los delincuentes puesto que son las partes más afectadas directamente. Pero aquellos que tienen una conexión afectiva importante con la víctima o el delincuente, como por ejemplo, padres, cónyuge, hermanos, amigos, maestros o compañeros de trabajo, también se ven directamente afectados. Ellos constituyen las comunidades de apoyo de las víctimas y los delincuentes. El daño ocasionado, las necesidades creadas y las respuestas restaurativas de las partes interesadas primarias son específicas del delito en particular y exigen una participación activa para lograr el mayor nivel de subsanación.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Ibídem.

Las partes interesadas secundarias incluyen a aquellas personas que viven cerca o de aquellas que pertenecen a organizaciones educativas, religiosas, sociales o comerciales cuya área de responsabilidad o participación abarca el lugar o las personas afectadas por el delito. Toda sociedad, representada por<sup>29</sup> funcionarios del gobierno, constituye también una parte interesada secundaria. El daño causado a ambos grupos de partes interesadas secundarias es indirecto e impersonal, sus necesidades son colectivas e inespecíficas, y su mayor respuesta restaurativa es apoyar los procedimientos restaurativos en general.

Todas las partes interesadas primarias necesitan una oportunidad para expresar sus sentimientos y participar en la decisión sobre la manera de reparar el daño. Las víctimas se ven perjudicadas por la pérdida de control que sufren como consecuencia del delito. Necesitan recuperar un sentido de dominio personal. Esta obtención de control personal es lo que transforma a las víctimas en sobrevivientes. Los delincuentes dañan sus relaciones con sus propias comunidades de apoyo traicionando la confianza.

Para recobrar esa confianza, necesitan obtener control personal para asumir la responsabilidad por el delito cometido. Su comunidad de apoyo satisface sus necesidades asegurando que se haga algo con respecto al incidente, que se reconozca su carácter erróneo, que se tomen medidas constructivas para evitar que ocurran otros delitos y que las víctimas y los delincuentes se integren en sus propias comunidades.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Ibídem.

Las partes interesadas secundarias, aquellas personas que no se encuentran emocionalmente vinculadas a las víctimas o los delincuentes, no deben despojar del conflicto a aquellos a quienes les pertenece interfiriendo en la oportunidad de subsanación y reconciliación. "La respuesta más restaurativa para las partes interesadas secundarias es apoyar y facilitar los procedimientos en los que las partes interesadas primarias deciden por ellas mismas el resultado del caso. Dichos procedimientos reinsertarán a las víctimas y los delincuentes y al mismo tiempo fortalecerán a las sociedad civil mediante la optimización de la cohesión social y la obtención de control personal y mejoramiento de la capacidad de los ciudadanos para resolver sus propios problemas"<sup>30</sup>.

# c. Tipología de las prácticas restaurativas

Estos tres grupos de partes interesadas primarias están representados por tres círculos superpuestos en la figura Nº 3. El propio proceso de interacción es fundamental para satisfacer las necesidades emocionales de las partes interesadas. El intercambio emocional necesario para satisfacer las necesidades de todas aquellas personas directamente afectadas no puede tener lugar con la participación de un solo grupo de partes interesadas. Los procesos más restaurativos incluyen la participación activa de los tres grupos de partes interesadas primarias.

<sup>30</sup> Ibídem.

reparación del daño a las víctimas

servicios pera las víctimas

servicios pera las víctimas

JUSTICIA

RESTAURATIVA

por el dello

por el dello

residente del conferencias del pera las víctimas

servicios pera las territas de los deliricuerrises

JUSTICIA

RESTAURATIVA

Astelencia social pera las territas del pera laminas del conferencias del pera laminas de recinera del conferencia del confere

del delincuente

Figura Nº 3. Tipología de las prácticas restaurativas<sup>31</sup>

La justicia restaurativa es un proceso que involucra a las partes interesadas primarias en la decisión sobre la mejor manera de reparar el daño ocasionado por un delito. Las tres partes interesadas primarias de la justicia restaurativa son las víctimas, los delincuentes y sus comunidades de apoyo, cuyas necesidades son, respectivamente, lograr la reparación del daño, asumir la responsabilidad y llegar a un acuerdo. El grado en que las tres partes participan en intercambios emocionales significativos y la toma de decisiones es el grado según el cual toda forma de disciplina social puede ser calificada como completamente "restaurativa".

Cuando las prácticas de la justicia penal incluyen sólo a un grupo de partes interesadas primarias, como en el caso del resarcimiento económico para las víctimas por parte del gobierno, el proceso sólo se puede llamar "parcialmente

<sup>31</sup> Ibídem.

restaurativo". Cuando un procedimiento como el de la mediación penal entre víctimas y delincuentes incluye dos partes interesadas principales pero excluye a las comunidades de apoyo, el proceso es "mayormente restaurativo".

El proceso es "completamente restaurativo" sólo cuando los tres grupos de partes interesadas primarias participan activamente, como por ejemplo en reuniones de restauración o círculos<sup>32</sup>. "El concepto tradicional de justicia "Dar a cada uno lo suyo", aparentemente no se relaciona con el nuevo concepto de justicia restaurativa, consiste en el mecanismo de reparación del daño a través de la discusión del delito y la interacción entre el delincuente, la víctima y la sociedad.

En este sentido, al permitir la discusión y análisis del delito y su daño, se está 'dado' a todas las partes relacionadas con la actuación criminal, la posibilidad de solucionar sus controversias, de entender el origen del crimen, desde el punto de vista humano, y permitir, que mediante el diálogo y el análisis se eviten comisiones futuras de delitos. Es claro: se está dando a cada uno lo suyo: la condena al delincuente su resocialización como ser humano; la afrontación del daño por parte de la víctima y la racionalización de la conducta preventiva para la sociedad"<sup>33</sup>.

## 2.2.3.- Fundamentos iusfilosóficos del derecho penal premial.

La teoría funcionalista del derecho penal explica que las estructuras del

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> VAN NESS, Daniel. Ob. Cit., p. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> BACH, Katherine (2005). "Justicia Restaurativa: Antecedentes, Significado y Diferencias con la Justicia Penal", Bogotá. Disponible en sitio web: http://www.justicia-restaurativa-colombia.org/pages/article.php?l=es&id=5., visitado el 20 de abril 2012.

delito dependen de los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad y que la finalidad del derecho es la estabilización de expectativas sociales.

Günther Jakobs, una de sus principales artífices, define al delito como injusto, y éste es el comportamiento típico evitable (doloso o imprudente) que no está justificado. El autor (del injusto) sólo es responsable por el déficit de motivación jurídica si en el instante del hecho constituye un sujeto con la competencia de poner en cuestión la validez de la norma, es decir, si es imputable" (Jakobs, 1995:48).

Si la función social del derecho reside en las expectativas que genera la generalización y estabilización de determinadas conductas conforme a roles; el fin de la utilización de la dogmática es la búsqueda de la previsibilidad y de la seguridad jurídica.

Precisamente en ese marco de la previsibilidad y seguridad jurídica, donde surge la necesidad de buscar una justifica restaurativa; es decir, la vigencia de la norma.

Jakobs, inspirándose en las ideas sistémicas de Luhmann, le adscribe al Derecho penal la misión de generar comunicativamente, la cohesión de los individuos del entorno social, a quienes suele denominar sub-sistemas ciudadanos, sub-sistemas sujetos o directamente sub-sistemas psico-físicos, al sistema-sociedad.

Pese a que el funcionalismo sistémico ubica a las personas fuera de la sociedad, en su entorno, en la concepción de Jakobs es evidente que los individuos conservan plena capacidad para poner en peligro al sistema a través de la desestabilización de las normas del sub-sistema legal, porque éste reacciona efectivamente, frente a un comportamiento ilegal imputado subjetivamente a una persona física. Es necesario entonces para la normal reproducción del sistema y su estabilización, la adecuación a él de los individuos que están en el entorno de la sociedad.

Y esto se logra a través de dos caminos: al apuntalar las condiciones que generen la confianza en el sistema y al equilibrarlo mediante la absorción de la pluralidad de expectativas de los sub-sistemas ciudadanos.

Sin embargo, este punto de partida ya es muy discutible, al menos por dos razones:

a) si bien la reacción del sistema-sociedad frente a lo que el derecho dice que es ilegal, en el pensamiento Luhmaniano que se pretende trasladar al Derecho penal, no es más que un acto comunicativo, paralelamente se producen innegables consecuencias en el mundo físico-real, en el entorno: el castigo físico, el sufrimiento de una persona, la imposición de un mal. Tal como lo pone de resalto Binder: "...la ciencia penal ha mantenido una relación de lejanía, en el mejor de los casos de proximidad tangencial, con el poder penal. Es así, que el poder penal no ha sido suficientemente racionalizado por la ciencia penal [...] El poder penal es poder puro y simple que se manifiesta al ser humano de la manera más drástica, como es el poder encerrarlo por buena parte de su vida en base a la decisión de otro ser humano. Tardíamente la ciencia penal fue tomando conciencia de esta referencia necesaria al poder penal y comprendió, al fin, que no podía cerrar los ojos frente a la realidad —tan fuerte- del poder penal"; y

b) ¿no estamos demasiado cerca de aquellas concepciones idealistas que tomaban al Estado como un fin en sí mismo (previo al *Leviathan* hobbesiano), es decir, de

idealizaciones que pueden tolerar sistemas autoritarios?: al respecto, Jakobs dice que "...la perspectiva funcional no está atada a un modelo social determinado [...] Quien sólo sabe que una sociedad está organizada de modo funcional, no sabe nada acerca de su configuración concreta, es decir, no sabe nada sobre los contenidos de las comunicaciones susceptibles de ser incorporadas".

Al respecto, sostiene Ferrajoli que para las doctrinas auto-poyéticas, en especial la doctrina de Luhmann, "...el estado es un fin y encarna valores ético-políticos de carácter supra-social y supra-individual a cuya conservación y reforzamiento han de instrumentalizarse el derecho y los derechos".

Sugestivamente, Luhmann, al tomar como propio el concepto de *autopoyesis* de la dupla de biólogos chilenos Humberto Maturana y Francisco Varela, lo despoja del sesgo humanista, del contenido ético-democrático que, en su versión originaria, lo delineaba.

En este marco, Jakobs defiende el concepto de pena como factor de cohesión del sistema político-social merced a su capacidad de restaurar la confianza colectiva en la estabilidad del ordenamiento, sobresaltada por las transgresiones, y renovando la fidelidad de los sub-sistemas ciudadanos hacia las instituciones.

Hoy en día, como Jakobs no considera misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos, sino más bien -con cita de Luhmann-, reafirmar la vigencia de la norma, y a través de ello, afianzar la seguridad cognoscitiva de los asociados, nos encontramos con un traslado en el eje sobre el cual el funcionalismo sistémico intenta hacer reposar todo el andamiaje que sirve de fundamentación al sistema

penal, ya que se excluye tanto al autor como a la víctima potencial de la consideración principal, que ahora está reorientada hacia los terceros. Se trata de un cambio de perspectiva explicable en el plano político-económico-social por la mutación sufrida en las últimas décadas del Estado de bienestar hacia un Estado intervencionista. De la mano de este cambio, los derechos individuales van dejando de constituir una prioridad para el Estado, superados en importancia por la defensa del modelo globalmente considerado.

Así, se dejan de lado sus componentes individuales, en especial, cuando éstos están por fuera del modelo.

Además, como Jakobs concibe al funcionalismo jurídico-penal como una teoría orientada a marginar mediante la pena cualquier contraproyecto de sociedad, o lo que es lo mismo, a garantizar la constitución de la sociedad, nos encontramos una vez más con una legitimación apriorística, esta vez de la pena (y a través de ella, del derecho penal y en definitiva, del sistema social) como algo axiológicamente positivo: nuevamente aparece la confusión entre derecho y moral, a través del legalismo y estatalismo ético.

Por otro lado, JAKOBS parte de su teoría de .la punición estatal y refiere que, la pena era entendida como un mal, pues a decir de este autor la secuencia externa de hecho .delito y pena, se produciría según la conocida expresión de HEGEL, la irracional secuencia de dos males<sup>34</sup>; pero sería absurdo .querer un mal porque ya se

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> JAKOBS, Günther; .Sociedad, norma, persona; en una teoría de un Derecho penal funcional., traducida por CANCIO MELIA y FEIJOO SANCHEZ, en Cuadernos de conferencias y artículos Nº 13, CIDPFD, Bogotá, 1996. p.10 y ss.

ha dado otro mal, y este seguir un mal a otro describe a la pena solo según su carácter superficial .La pena es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada<sup>35</sup>. Solo sobre la base de una compresión comunicativa del hecho entendido como afirmación que contradice la norma y la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse relación ineludible entre ambas.

El *acto de comunicación* que la pena supone no tiene destinatario prevalente al delincuente, sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa (norma jurídico penal = expectativa normativa), mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar del otro. Por eso tiene sentido que JAKOBS afirme que la pena funciona a costa del delincuente, en lugar de decir que opera en su contra o como reproche o desvaloración del mismo<sup>36</sup>.

En el 2004, JAKOBS da la última versión de su teoría de la pena estatal, obviamente mejorada. El autor, integrar el .dolor. de modo pleno en su teoría; al asumir este desafío, trata de explicarlo de la siguiente manera: (e)s palmario que el hecho de infligir dolor penal puede ser comprendido como símbolo de una contradicción (.) Sin embargo, permanece sin resolver la cuestión de por qué se elige el infligir dolor como símbolo, y no otra cosa. Pues téngase en cuenta que el fallo condenatorio constituye una contradicción del delito. ¿Por qué es necesario, además, un dolor

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> JAKOBS, Günther; .Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1997, p.9.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> GARCIA AMADO, Juan A.; ..Dogmatica Penal Sistémica?..... op.cit., p. 245.

producido por la pena?..<sup>37</sup> JAKOBS intenta responde esa interrogante diciendo: .el dolor sirve para la salvaguardia cognitiva de la vigencia de la norma; éste es el fin de la pena, como la contradicción de la negación de la vigencia por parte del delincuente es su significado<sup>38</sup>.

La pena se mueve entonces en el plano simbólico o comunicativo y no puramente instrumental de protección de bienes jurídicos.

Para JAKOBS .el delito es comunicación defectuosa que defrauda expectativas .no lesión de bienes. La vigencia de la norma, es un bien jurídico en sí mismo, ('lesión de deber'), y la pena tiene el significado de mantener dichas expectativas, es decir, la vigencia de la norma. Por lo que, la imposición de la pena es la forma que tiene el sistema social de tratar las defraudaciones a costa del infractor y cumplir su función de estabilización normativa. La pena expresa que los sujetos pueden seguir confiando en el registro establecido y común y que cuando una de sus expectativas de comportamiento ajeno se frustra no es porque estén en un error o porque las reglas comunes no sean tales, sino porque alguien se sitúa al margen de ellas deliberadamente. Pero no se trata de que con la pena se le reproche al delincuente

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> JAKOBS, Günther; .La Pena Estatal.., op.cit., p. 43.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Ibídem, p. 47. Otra interesantísima posición es la del Profesor español de la Universidad Autónoma de Madrid, GOMEZ-JARA quien señala que: (c)uando se castiga, no se trata de infligir en los procesos cognitivos que el dolor causa en el sistema psiquico del autor, sino sobre su significado comunicativo. El dolor, por tanto, también es significado y no finalidad. O expresado de otra forma: el .dolor. como portador de significados pertenecerá al concepto de la penal mientras que contribuya normativamente a la autocompresion de la sociedad .o mejor: la autocomprension de su sistema jurídico. aumentando las probabilidades de éxito de la comunicación. En GOMEZJARA DIEZ, Carlos .La retribución comunicativa como teoría constructivista de la penal: .El dolor penal como constructo comunicativo?., en InDret, Barcelona, Abril, 2008, p. 17.

su modo de ser o actuar, la pena no pretende ni penetrar en su constitución individual ni cambiarla. El acto de comunicación que la pena supone no tiene como destinatario prevalente al delincuente sino al conjunto de ciudadanos que poseen ciertas expectativas, que la norma expresa, mostrándoles que están en lo cierto y que el defecto está en el actuar de otro.

No cabe duda, de que el pensamiento funcionalista penal, está en la base del derecho penal premial, pues esta pretende llegar a una solución, antes de ir por las formalidades. Lo más importante, es tener una justifica restaurativa y, ella tiene como fundamento al postulado funcionalista.

Su antípoda puede der, el garantismo penal. Esta sostiene que el derecho penal premial, es incoherente con la justificación o existencia del derecho penal. La consecuencia lógica del delito es la pena. Ese es el sustento del derecho penal. Sin embargo, al pretender darle otra consecuencia al delito ( derecho penal premial), se está violentando los fundamentos mismos del derecho penal.

## 2.3. Definición de términos<sup>39</sup>

• Garantismo.- Consiste, por una parte, en la negación de un valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo y en la prioridad axiológica respecto a ambos del punto de vista ético-político o externo, virtualmente orientado a su crítica y

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Ver. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, disponible en sitio web: http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-juridaomeba.html\_, visitado el 20 de abril 2012.

transformación; por otra, en la concepción utilitarista e instrumentalista del estado, dirigido únicamente al fin de la satisfacción de expectativas o derechos fundamentales.

- preexistencia de principios jurídicos y éticos que requieren de condiciones idóneas para tener vigencia real mediante la actividad procesal. Esa vigencia real (aplicación) será el indicador para "medir" la legalidad y legitimidad del procedimiento, en especial del procedimiento penal. Las garantías procesales deben consistir una política de Estado, apoyada por la sociedad civil, orientada de modo permanente a crear, mantener y proveer las condiciones idóneas, para que tanto la investigación del delito como la subsiguiente fase de prueba en el juzgamiento cuenten con las seguridades apropiadas para el ejercicio regular de los derechos fundamentales y de los demás derechos tutelados también por la Constitución, por los Tratados y Convenios ratificados sobre Derechos Humanos y por la Ley que regula el método de actividad procesal, acorde con el Debido Proceso.
- Eficacia.- Significa tener la capacidad de contribuir al control de la criminalidad con el menor contenido de la violencia posible. Eso constituye el núcleo de las exigencias político-criminales al proceso penal de nuestro tiempo.
- Principios jurídicos.- Los principios jurídicos de rango constitucional,
   como los positivisados en los documentos jurídicos declarativos
   internacionales sobre Derechos Humanos, en especial los principios
   constitutivos de los Derechos Fundamentales, cumplen una función de

principios conducentes permanentes, tanto en la actividad procesal de investigación como de la actividad probatoria del juzgamiento. Son principios de máxima jerarquía. Es frecuente que la Ley procesal penal reitere la positivización de algunos de ellos. Es indispensable que la relación entre principios jurídicos de máxima jerarquía y los principios jurídicos procesales de extensión particular se sistémica; de modo que, para los fines operativos, sean identificables y aplicables coherentemente como un conjunto plural normativo. Los principios jurídicos tiene la función preeminente y permanente de orientar a los sujetos de derecho para la práctica de actos jurídicos procesales válidos.

- Assistema acusatorio garantista.- El sistema procesal penal acusatorio es antagónico al sistema inquisitivo, aquél se condice con un sistema republicano y con la vigencia del Estado de Derecho, está regido por sólidos principios, conforme a lo está expresamente previsto en el artículo I del Título Preliminar del nuevo CPP de 2004. Ello es así, porque mientras el sistema inquisitivo confunde en una sola institución las tareas de investigación, acusación y juzgamiento; el sistema acusatorio separa claramente dichas funciones. Mientras que el sistema inquisitivo se base en el secreto y la escritura, el acusatorio se instara en base a la publicidad y la oralidad.
- Justicia restaurativa.- La Justicia Reparadora ha sido formulada en sus orígenes como un paradigma alternativo de justicia, entendido como contrapuesto al modelo retributivo propio del sistema de justicia penal. Es una teoría de la justicia que enfatiza la reparación del daño causado por el

comportamiento delictivo a través de procesos cooperativos en los que toman parte las personas involucradas en el mismo. La concepción de delitos como ruptura de las relaciones humanas y sociales antes que como violación de la ley se encuentra en el fundamento del referido paradigma, que sirve a un ideal de humanización de la justicia. Con estos contenidos, la idea de la justicia restaurativa se plasmó en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y ha ganado impulso a través de los Simposios Internacionales de Victimología de Adelaida (Australia) en 1994, Ámsterdam en 1997 y Montreal en 2000.

- Proceso reparador.- El proceso reparador se caracteriza por su carácter informal y por estar basado en el diálogo entre las partes. Con todo, no es la falta de formalidad lo que lo caracteriza sino que tal dato permite en su caso distinguirlo de procedimientos altamente formalizados como es el proceso penal convencional.
- Acuerdo reparatorio.- Podemos conceptuar los Acuerdos Reparatorios como acuerdos o convenciones que realizan el imputado y el agraviado, por cuenta propia o por iniciativa del Fiscal o a pedido de una de las partes; orientadas a la solución del conflicto penal de manera satisfactoria para todas las partes involucradas en sus respectivas pretensiones. Se establece como obligatoria en los casos de los delitos previstos y sancionados en los Artículos 122°; 185°; 187°; 189-A Primer Párrafo; 190°; 191°; 192°; 193°; 196°; 197°; 198°; 205°; 215° del Código Penal y en todos los delitos culposos. Los acuerdos reparatorios, por ser soluciones tempranas y alternativas a la judicialización del conflicto penal, están inspiradas en el

principio del consenso o acuerdo de las partes. Permite la intervención del Ministerio Público con iniciativa, pero su participación en esta institución podría ser marginal, ya que esta figura tiene un sentido privatizador del conflicto.

- Victima.- Una víctima es una persona que sufre un daño o perjuicio por culpa ajena o por una causa fortuita. Cuando el daño es ocasionado por otra persona, ésta recibe el nombre de victimario. Por ejemplo: "El asalto al banco dejó como saldo una víctima fatal y dos heridos", "Este niño es una víctima de un sistema que no da las mismas oportunidades a todas las personas", "La víctima fue interrogada por el fiscal que trata de esclarecer el caso". La primera acepción del término (que tiene su origen en el vocablo latino víctima) hace referencia al ser vivo (persona o animal) destinado al sacrificio. Este uso, de todas maneras, quedó relegado y actualmente la noción de víctima suele mencionar a la persona dañada por otro sujeto o por una fuerza mayor.
- 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, e incluso en ocasiones a la propia acción delictiva tipificada, con lo que no se duda acerca de la capacidad de este expediente para excluir la propia tipicidad de la conducta.
- Consentimiento.- Es excluyente de responsabilidad penal a la disposición del bien jurídico por parte de la víctima, aun cuando en tales casos se considere que la lesión de interés jurídico por parte de la víctima, se

considere que la lesión de interés protegido no desaparece por causa de aquella anuencia, lo que conduce a que la resolución de tales supuestos se vincule a través de la justificación.

# III. MATERIALES Y MÉTODOS

### 3.1. Tipo y nivel de investigación

La naturaleza de la presente investigación correspondió al tipo de investigación jurídico mixta: dogmática y empricia<sup>40</sup>, debido a que el análisis y datos empleados fueron teóricos, tomados de la doctrina relacionados al problema de investigación, es en base a la doctrina penal y procesal penal contemporánea, y datos que se obtuvieron de la realidad jurídica determinado por la delimitación de la muestra de estudio de la investigación; lo que permitió elaborar las bases teóricas para justificar el problema de investigación y realizar la discusión. También afín de tener mayor objetividad en la investigación se tomó la opinión de los operadores jurídicos para conocer su apreciación al respecto y la revisión de carpetas fiscales y/o expedientes.

### 3.2. Diseño de investigación

### 3.2.1 Tipo de diseño

Correspondió a la denominada **No Experimental**<sup>41</sup>, debido a que careció 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.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). *Metodología de la Investigación Jurídico Social*, Editorial Edigraf, Lima, pp. 54 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y Jurídica, Editorial Fecatt, Lima, p. 34.

#### 3.2.2. Diseño General

Se empleó el diseño **Transversal**<sup>42</sup>, toda vez que se realizó el estudio del hecho jurídico en un momento determinado de tiempo, es decir, está delimitado temporalmente para el periodo 2012, periodo en el cual se recogieron en base a las técnicas e instrumentos diseñados la información necesaria para la investigación.

### 3.2.3. Diseño específico

Se empleó el diseño **Descriptivo-explicativo<sup>43</sup>**, toda vez que se estudió los factores que generan situaciones problemáticas dentro de un determinado contexto y poder explicar el comportamiento de las variables de estudio.

### 3.3. Plan de recolección y análisis de datos

Durante el proceso de investigación se aplicaron los siguientes métodos:

- Dogmático: análisis de las teorías jurídicas;
- Exegético: análisis de las normas legales; y
- Hermenéutico: correcta interpretación de los textos legales.
- Argumentación jurídica: exposición de razonamientos fundados.
- Matemático y estadístico: para cuantificar y representar los datos empíricos.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). Metodología de la investigación, Editorial McGrawHill, México, p. 151.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Ibíd. p. 155

- Fenomenológico: Para conocer las actitudes de los magistrados y justiciables.

Las estrategias o procedimientos de recogida de información, se realizó de la siguiente manera:

- i) Para recoger la información teórica para alcanzar los objetivos de la investigación se empleó la Técnica Documental, cuyos instrumentos serán la fichas Textuales y de Resumen. Para los datos empíricos se utilizó la técnica del análisis de contenido y la encuesta.
- ii) Para recoger información empírica se empleó la técnica de la Encuesta y Análisis de contenido, para conocer la apreciación de los operadores jurídicos y análisis de las carpetas fiscales y/o expedientes judiciales.
- iii) Además, para el análisis de la información de la investigación se realizó
   a través del método de la Argumentación Jurídica.

# Análisis e interpretación de la información:

Cuyos pasos a seguir fueron:

- Selección de la información que fue estudiada;
- Selección de las categorías que se utilizaron;
- Selección de las unidades de análisis, y

#### **Criterios:**

Los criterios seguidos en el presente proceso de investigación fueron:

• Identificación del lugar donde se buscó la información.

- Identificación y registro de las fuentes de información.
- Recojo de información de la información en función a los objetivos de investigación, empleando técnicas e instrumentos de investigación pertinentes.
- Sistematización de la información.
- Análisis y evaluación de la información.

#### 3.4. Instrumentos de recolección de datos

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, en base al cual se recogieron la información suficiente sobre nuestro problema de estudio.

También se aplicó la ficha de análisis de contenido para realizar el estudio de las resoluciones, doctrina y jurisprudencias sobre nuestro problema de estudio y poder determinar cuáles son los criterios jurídicos y el tratamiento que existe en el Derecho Penal.

También se aplicó la encuesta para conocer la opinión de los operadores de nuestra ciudad, a fin de recoger datos sobre sus apreciaciones sobre nuestro problema de estudio.

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

Finalmente para la validación de las hipótesis, se confronto el logro de los objetivos propuestos en la investigación; para lo cual se confronto con la información encontrada en las diversas fuentes, las mismas que fueron procesadas o interpretadas y fundamentadas con la técnica de la argumentación jurídica, la que permitió validar nuestra hipótesis, con fundamentos teóricos y empíricos, es decir se empleó la técnica de análisis cualitativo (datos teóricos) y cuantitativo (datos empíricos).

### 3.5. Plan de procesamiento de datos

**Primero.-** Se tabularon los datos de acuerdo a un parámetro elaborado en función de los propósitos de la investigación. Para cada variable se elaboró un parámetro que consiste en una escala de valoración de los datos recogidos.

**Segundo.-** En base de los datos ordenados se elaboraron los cuadros de distribución porcentual así como los gráficos estadísticos para su representación.

**Tercero.**- Se procedió a la discusión doctrinaria y de jurisprudencia encontrada para poder justiciar los problemas de estudio, en base a la argumentación jurídica.

#### 3.6. Plan de análisis de datos

- i) Presentación de los cuadros estadísticos, y análisis de los cuadros estadísticos, resaltándose lo datos más importantes.
- ii) Interpretación de los datos que presentan los cuadros de acuerdo al marco teórico que apoya la hipótesis.
- iii) Discusión de la doctrina y jurisprudencia.

### IV. RESULTADOS

### 4.1. Presentación de la unidad de análisis

La unidad de análisis muestral en la presente investigación estuvo constituida por documentales tales como la doctrina, la jurisprudencia y la normatividad referente a los acuerdos reparatorios y la justicia restaurativa, y 100 abogados hábiles adscritos al Ilustre Colegio de Abogados de Ancash, 10 imputados y 10 agraviados en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de la Provincia de Huaraz; 20 Fiscales Provinciales Penales del Distrito Judicial de Ancash; y, 100 carpetas fiscales tramitadas en la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de la Provincia de Huaraz.

Es necesario precisar que siendo una investigación dogmática, donde no se requiere trabajar con datos empíricos, toda vez que el objeto de investigación está centrado en una institución jurídica, y lo que se busca es estudiarlo a la luz de las fuentes formales del derecho, se vio por conveniente incluir esta parte de trabajo empírico para poder demostrar la ocurrencia del problema en la realidad, sin que ello significa desnaturalizar el tipo de investigación que se ha realizado. En ese sentido, se determinó que la unidad de análisis también lo constituyeran los abogados, imputados, agraviados, fiscales y carpetas fiscales.

A continuación se presentan los datos obtenidos en el trabajo de campo, los mismos que fueron sistematizados en base a la estadística descriptiva simple y representada a través de los cuadros y gráficos estadísticos.

## 4.2. Resultados empíricos de la muestra de estudio

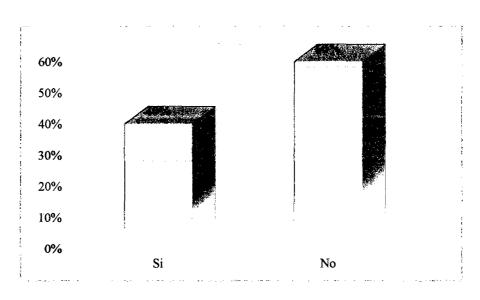
## 4.2.1. Encuesta aplicada a abogados del Colegio de Abogados de Ancash

a.- ¿Ud. ha recibido alguna capacitación sobre salidas alternas al proceso penal?

**CUADRO Nº 01** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	40	40.00
b No	60	60.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 01** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

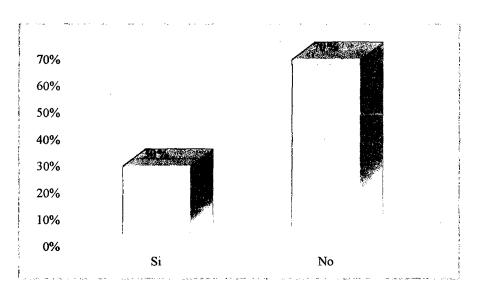
Conforme se observa el cuadro y gráfico Nº 02, podemos observar que el 60% de los encuestados no ha recibido alguna capacitación sobre salidas alternas al proceso penal no han recibido información y/o capacitación respecto a las salidas alternativas en el proceso.

b.- Está Ud. informado en cuanto a la eficacia de la institución procesal denominada acuerdos reparatorios?

**CUADRO Nº 02** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	30	30.00
bNo	70	70.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 02** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

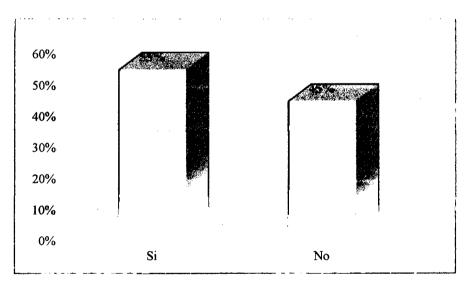
Conforme se observa el cuadro y gráfico Nº 02, podemos observar que el 70% de los encuestados no han recibido información y/o capacitación respecto a las salidas alternatívas en el proceso penal, en especial sobre los Acuerdos Reparatorios.

c.-¿Ud. como abogado, informa a su cliente sobre la efectividad de los medios de resolución de conflictos, antes de iniciar un proceso judicial?

**CUADRO Nº 03** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	55	55.00
b No	45	45.00
TOTAL	100	100.00%

GRÁFICO Nº 03



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

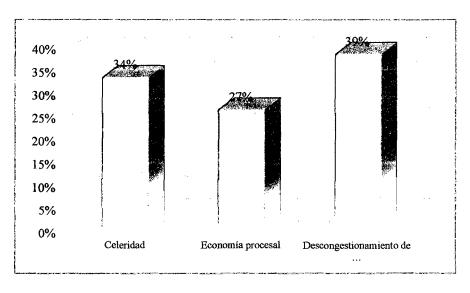
De los datos obtenidos, conforme se puede apreciar el cuadro y gráfico N° 03, el 55% de los encuestados afirma que cumplen con informar a su cliente sobre la efectividad de los medios de resolución de conflictos, antes de iniciar un proceso judicial.

d.-¿Diga Ud., en qué se fundamenta la aplicación eficaz y efectiva de los acuerdos reparatorios en la solución de conflictos penales?

**CUADRO Nº 04** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Celeridad	34	34.00
b Economía Procesal	27	27.00
c Descongestionamiento de la carga		
procesal	39	39.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 04** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

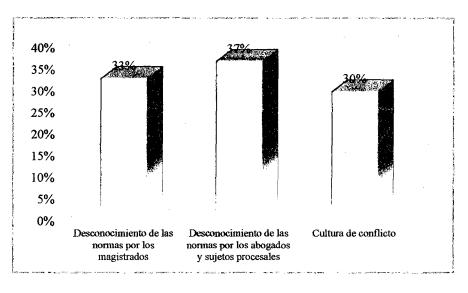
De los datos obtenidos, se puede apreciar que el 39% de los encuestados afirma que la aplicación eficaz y efectiva de los acuerdos reparatorios en la solución de conflictos penales se fundamenta en el descongestionamiento de la carga procesal.

e.- ¿Según su experiencia profesional, qué factores inciden en la escasa aplicación de los acuerdos reparatorios en el Proceso Penal Peruano?

CUADRO Nº 05

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Desconocimiento de las normas por los		
magistrados	33	33.00
b Desconocimiento de las normas por los		
abogados y sujetos procesales	37	37.00
c Cultura del conflicto	30	30.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 05** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

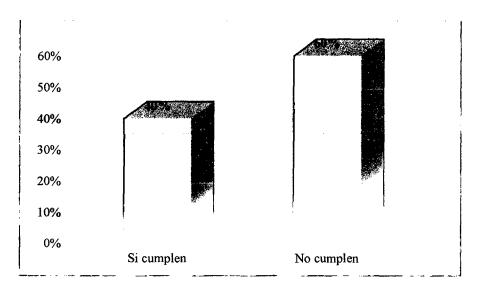
De los datos obtenidos, se puede apreciar que el 37% de los encuestados afirma que el desconocimiento de las normas por los abogados y sujetos procesales son los factores que inciden en la escasa aplicación de los acuerdos reparatorios en la solución de conflictos penales en el Proceso Penal Peruano.

f.- ¿Se cumplen los acuerdos reparatorios en los extremos que convienen las partes?

CUADRO Nº 06

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si cumplen	40	40.00
b No cumplen	60	60.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 06** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

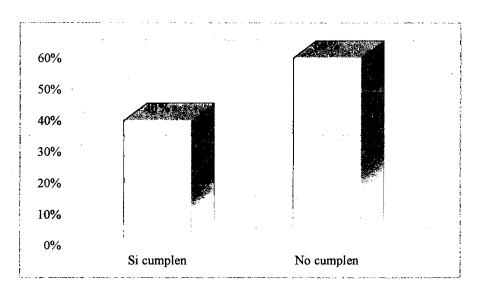
De los datos obtenidos se puede apreciar que el 67% de los encuestados afirma que no se cumplen los acuerdos reparatorios en sus extremos que supera el cincuenta por ciento e inclusive más de la mitad no cumplen con los extremos a que se han obligado.

g.- ¿Se cumplen los acuerdos reparatorios en los extremos que convienen las partes?

CUADRO Nº 07

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si cumplen	40	40.00
b No cumplen	60	60.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 07** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

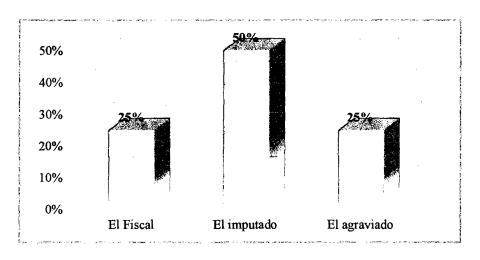
De los datos obtenidos se puede apreciar que el 60% de los encuestados afirma que no se cumplen los acuerdos reparatorios en sus extremos que supera el cincuenta por ciento e inclusive más de la mitad no cumplen con los extremos a que se han obligado.

h.- ¿Quién cree que es el más resistente en la aplicación de los acuerdos reparatorios?

**CUADRO Nº 08** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a El fiscal	25	25.00
b El imputado	50	50.00
c El agraviado	25	25.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 08** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

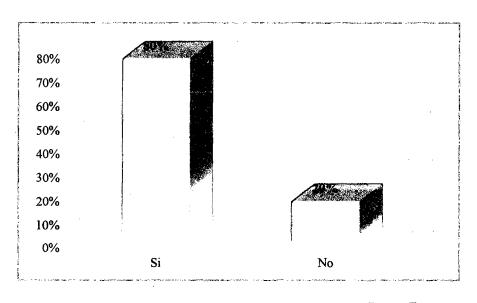
De los datos obtenidos, se tuvo como resultado, que el imputado es el que más se resiste a celebrar un acuerdo, el siguiente sujeto procesal que se resiste es el agraviado o perjudicado; y finalmente el que también tiene su cuota de resistencia es el Fiscal, por falta de capacitación para aplicar adecuadamente dicha institución; tal y como se muestra en el cuadro y grafico N° 08.

i.- Cree Ud. que es posible reabrir un debate en cuanto a la indemnización arribado en un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado?

CUADRO Nº 09

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	80	80.00
b No	20	20.00
TOTAL	100	100.00%

GRÁFICO Nº 09



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

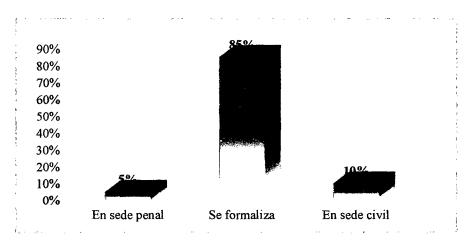
De los datos obtenidos, se puede apreciar que el 80% de los encuestados afirma que si es posible reabrir un debate en cuanto a la indemnización arribado en un acuerdo reparatorio entre la víctima y el imputado; mientras que un 20% señalan que no es posible.

j.- En la eventualidad que no se cumpla voluntariamente con el acuerdo, la ejecución debe ser:

**CUADRO Nº 10** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a En sede penal	5	5.00
b Se formaliza	85	85.00
c En sede civil	10	10.00
TOTAL	100	100,00%

**GRÁFICO № 10** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

Al respecto casi la totalidad del personal Fiscal considera que si el Acuerdo no es cumplido debe precederse a formalizar investigación preparatoria, y así lo vienen haciendo; solo cinco abogaos sostiene que su cumplimiento debe ser en sede penal y diez en sede civil, es decir, consideran que el proceso ya se cerró.

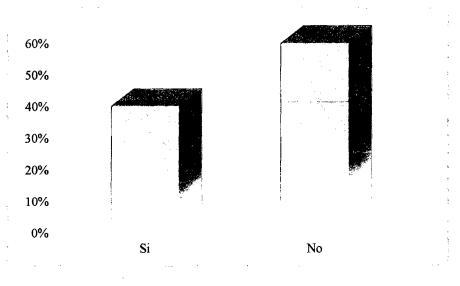
## 4.2.2. Encuesta aplicada a imputados de la Fiscalía Provincial Penal de Huaraz

a.- Ud. Como imputado, está informado sobre los medios de resolución de conflictos de orden penal, en particular los acuerdos reparatorios?

**CUADRO Nº 11** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	4	40.00
b No	6	60.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 11** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

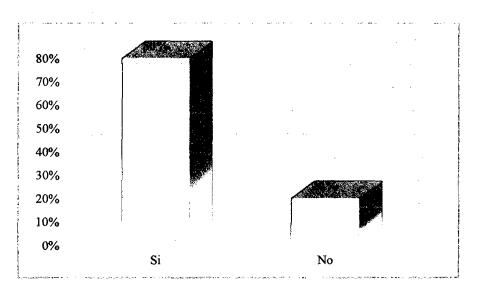
Según la encuesta recabada, el 60% de los imputados encuestados, no se han informados adecuadamente, sobre las salidas alternas al proceso penal; que permiten que el conflicto penal, en el cual han resultado comprometidos, puede terminar con un arreglo armonioso, evitándose el proceso penal en giro.

b.- Si usted ha cometido un delito, estaría dispuesto a arreglar pagando la indemnización que corresponda?

**CUADRO Nº 12** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	8	80.00
b-No	2	20.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 12** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

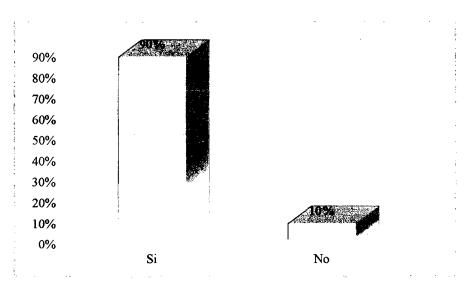
Conforme se observa el cuadro y gráfico Nº 12, podemos observar que el 80% de los encuestados ven con agrado la presencia de Salidas Alternas al proceso penal, como es el caso de los Acuerdos Reparatorios, y solo una mínima parte lo ve con desconfianza y por tanto no arreglaría.

c.- ¿Estaría dispuesto a cumplir con un acuerdo reparatorio al cual se ha comprometido?

**CUADRO Nº 13** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	9	90.00
b No	1	10.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 13** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

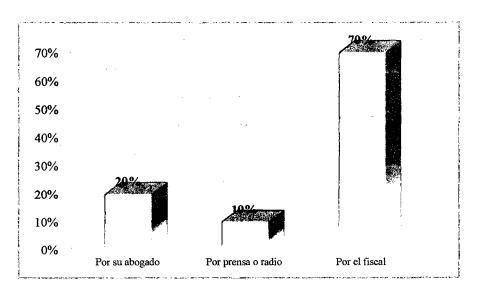
De los datos obtenidos, conforme se puede apreciar el cuadro y gráfico N° 13, el 90% de los encuestados Los imputados conforme a los cuestionarios, dicen que cumplirían a los acuerdos a que se ha obligado, y solo uno dejaría de cumplir, por problemas posteriores.

d.-¿Cómo recibió la información de los acuerdos reparatorios con la finalidad de arreglar el conflicto y por tanto en no llegar a un proceso judicial?

**CUADRO Nº 14** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Por su abogado	2	20.00
b Por prensa o radio	1	10.00
c Por el fiscal	7	70.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 14** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

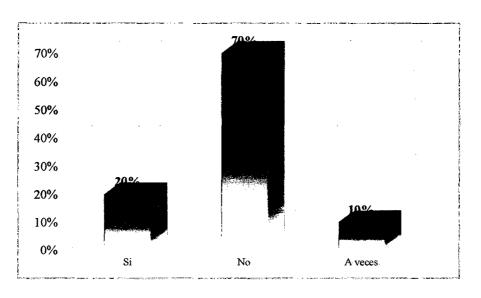
La Información al imputado, sobre los Acuerdos Reparatorios, fundamentalmente viene del personal Fiscal (70%) antes que por su propio Abogado o los mismos medios de comunicación masiva.

e.- ¿Ante la falta de pago del acuerdo reparatorio cree Ud. que debe reabrir el proceso y el debate de la indemnización?

**CUADRO Nº 15** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	2	20.00
b-No	7 .	70.00
c A veces	1	10.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 15** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

De los datos obtenidos respecto a la reapertura, es una modalidad que no ha gustado a los imputados, quienes han manifestado que firmado el Acuerdo Reparatorio y a pesar de su eventual incumplimiento no debe reabrirse el proceso.

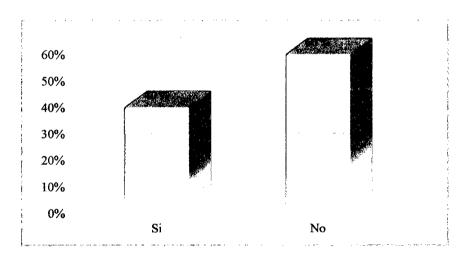
## 4.2.3. Encuesta aplicada a agraviados de la Fiscalía Provincial Penal de Huaraz

a.- Ud. Como agraviado, está informado sobre los medios de resolución de conflictos de orden penal, en particular los acuerdos reparatorios?

**CUADRO Nº 16** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Sí	4	40.00
b No	6	60.00
TOTAL	10	100,00%

**GRÁFICO Nº 16** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

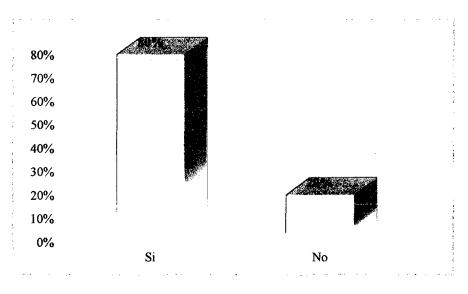
Según la encuesta recabada, el 60% de los agraviados que fueron encuestados, no se han informados adecuadamente, sobre las salidas alternas al proceso penal; que permiten que el conflicto penal, en el cual han resultado comprometidos, puede terminar con un arreglo armonioso.

b.- Si usted ha sido agredido (a) un delito, estaría dispuesto a arreglar, antes de ir a un proceso?

**CUADRO Nº 17** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	8	80.00
b- No	2	20.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 17** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

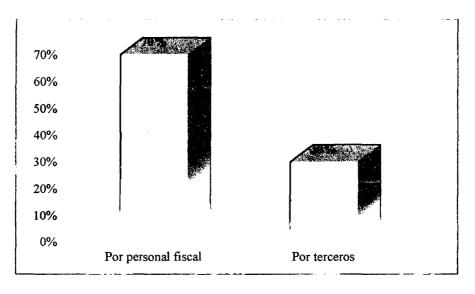
Conforme se observa el cuadro y gráfico N° 17, podemos observar que el 80% de los encuestados ven con agrado la presencia de Salidas Alternas al proceso penal, como es el caso de los Acuerdos Reparatorios, y solo una mínima parte lo ve con desconfianza y por tanto no arreglaría.

c.- ¿Los acuerdos que se ha hablado anteriormente, usted, piensa que deben celebrarse?

**CUADRO Nº 18** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Por personal fiscal	7	70.00
b Por terceros	3	30.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 18** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

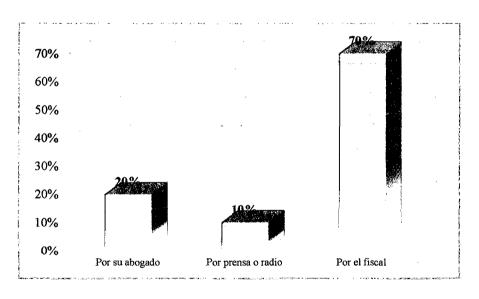
De los datos obtenidos, conforme se puede apreciar el cuadro y gráfico Nº 18, el 70% de las víctimas o agraviados, prefieren que la aplicación de un Acuerdo Reparatorio sea dirigido por personal Fiscal antes que por terceros o una institución diferente a la Fiscalía.

d.-¿Cómo recibió la información de los acuerdos reparatorios con la finalidad de arreglar el conflicto y por tanto en no llegar a un proceso judicial?

**CUADRO Nº 19** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Por su abogado	2	20.00
bPor prensa o radio	1	10.00
c Por el fiscal	7	70.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 19** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

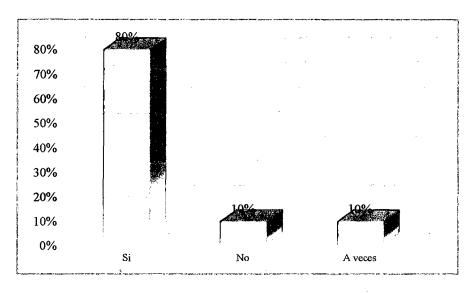
La Información al imputado, sobre los acuerdos reparatorios, fundamentalmente viene del personal Fiscal (70%) antes que por su propio Abogado o los mismos medios de comunicación masiva.

e.- ¿Ante la falta de pago del acuerdo reparatorio cree Ud. que debe reabrir el proceso y el debate de la indemnización?

**CUADRO Nº 20** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	8	80.00
b-No	1	10.00
c A veces	1	10.00
TOTAL	10	100.00%

**GRÁFICO Nº 20** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

De los datos obtenidos, conforme se puede apreciar el cuadro y gráfico N° 20, el 80% de las víctimas o agraviados, señalan que ante la falta de pago del acuerdo reparatorio cree Ud. que debe reabrir el proceso y el debate de la indemnización.

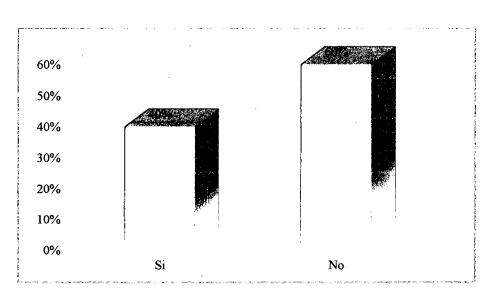
# 4.2.4. Encuesta aplicada a los Fiscales de la Fiscalía Corporativa Provincial Penal de Huaraz.

a.- Ha seguido cursos de medios alternativos de resolución de conflictos.

**CUADRO Nº 21** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	8	40.00
b No	12	60.00
TOTAL	20	100.00%

**GRÁFICO Nº 21** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

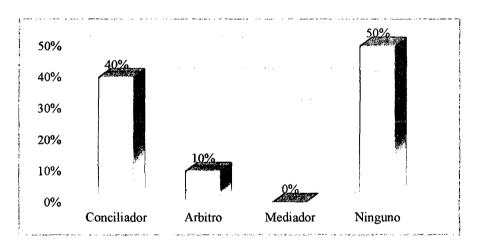
Según la encuesta recabada, el 60% de los fiscales que fueron encuestados, no han seguido cursos de medios alternativos de resolución de conflictos.

b.- Tiene títulos de especialista en medios de resolución de conflictos:

**CUADRO Nº 22** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Conciliador	8	40.00
b Arbitro	2	10.00
c Mediador	0	0.00
d:- Ninguno	10	50.00
TOTAL	20	100.00%
	1 1	

**GRÁFICO Nº 22** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

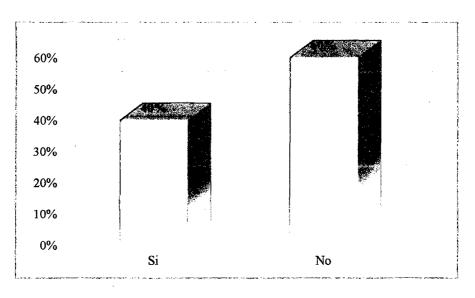
Es de considerar conforme a este cuadro que sobre cursos de Conciliación lo han recibido solo 8 del total de 20 profesionales (contados entre Fiscales Provinciales, Adjuntos; de los 8 solo 2 son Conciliadores registrados en el Ministerio de Justicia; también existen dos Árbitros, y sobre cursos de Mediación ninguno de éstos profesionales han recibido capacitación alguna. Finalmente 10 profesionales no han recibido ningún curso sobre resolución de conflicto.

c.- Usted mismo aplica los acuerdos reparatorios a los indiciados?

**CUADRO Nº 23** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si	8	40.00
b No	12	60.00
TOTAL	20	100.00%

**GRÁFICO Nº 23** 



Fuente: Encuesta

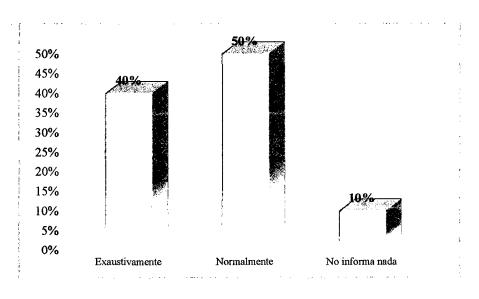
# Interpretación:

De los datos obtenidos, conforme se puede apreciar el cuadro y gráfico Nº 23, el 60% de los fiscales encuestados, manifiestan que ellos mismos no aplica los acuerdos reparatorios a los indiciados.

**CUADRO Nº 24** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Exhaustivamente	8	40.00
b Normalmente	10	50.00
c No informa nada	2	10.00
TOTAL	20	100.00%

**GRÁFICO Nº 24** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

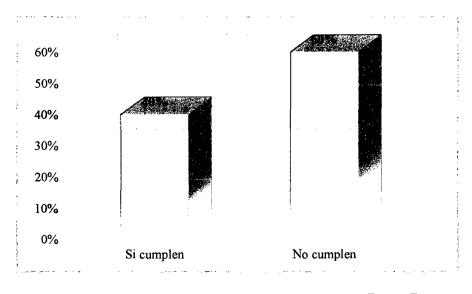
Respecto a las partes son informadas en qué consisten los acuerdos reparatorios, el 50% de los encuestados señalan que informan normalmente; el 40% exhaustivamente y el 10% no informa nada, tal como se observa en el cuadro y gráfico N° 24.

e.- ¿Se cumplen los acuerdos reparatorios en los extremos que convienen las partes?

CUADRO Nº 25

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si cumplen	40	40.00
b No cumplen	60	60.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 25** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

De los datos obtenidos se puede apreciar que el 60% de los encuestados afirma que no se cumplen los acuerdos reparatorios en sus extremos que supera el cincuenta por ciento e inclusive más de la mitad no cumplen con los extremos a que se han obligado.

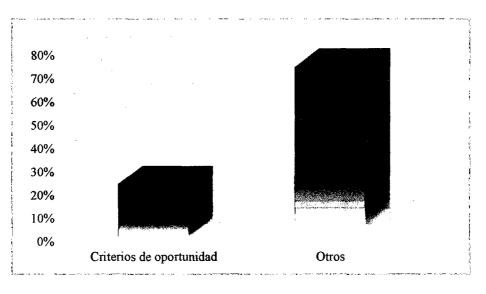
# 4.2.5. Resultado del análisis de carpetas fiscales

a.- Cantidad de carpetas fiscales que se haya aplicado criterios de oportunidad

**CUADRO Nº 26** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
Criterios de oportunidad	25	25.00
Otros	75	75.00
TOTAL	100	100.00%

**GRÁFICO Nº 26** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

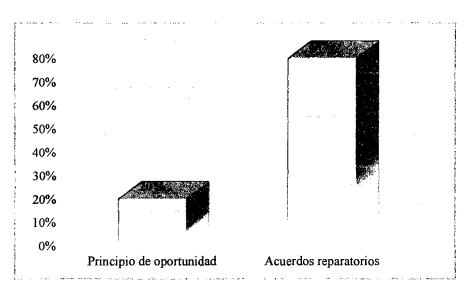
En las Fiscalías Penales de la Ciudad de Huaraz, revisándose 100 carpetas fiscales (2012), observándose que sólo se aplicó en veinticinco (25) carpetas fiscales los criterios de oportunidad, la misma que representa el 25% de la totalidad de las carpetas revisadas; asimismo se advierte que el mayor número de incidencia es la aplicación de otros mecanismos de solución de conflictos, con el 75%.

# b.- Tipo de criterios de oportunidad aplicado

**CUADRO Nº 27** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Principio de oportunidad	5	20.00
b Acuerdos reparatorios	20	80.00
TOTAL	25	100.00%

**GRÁFICO Nº 27** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

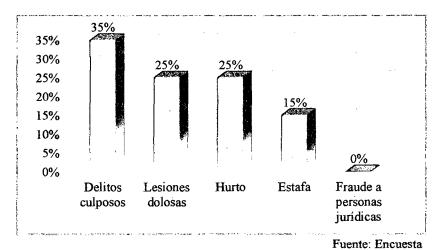
En lo que respecta a las Fiscalías Provinciales Penales de Huaraz, la mayor incidencia de aplicación de criterios de oportunidad, se da en las Fiscalías Provinciales el 80% del total de las carpetas fiscales se aplicó acuerdos reparatorios; mientras que el 20% representa la aplicación de principio de oportunidad.

## c.- Tipo penal en la que aplican acuerdos reparatorios

**CUADRO Nº 28** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Delitos culposos	7	35.00
b Lesiones dolosas	5	25.00
c Hurto	5	25.00
d Estafa	3 ,	15.00
e Fraude a personas jurídicas	0	0.00
TOTAL	20	100.00%

**GRÁFICO Nº 28** 



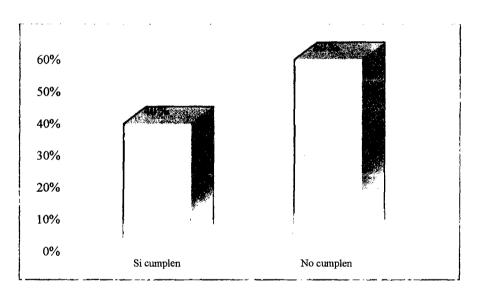
### Interpretación:

Los Acuerdos son más frecuentes en los delitos culposos, en especial de lesiones culposas por accidente de tránsito, se tuvo que es el delito con mayor frecuencia, y sobre el cual el Acuerdo Reparatorio es de más incidencia, seguido por el delito de Lesiones dolosas y en igual porcentaje el delito de Hurto; cerrando el ranking el delito de Estafa y otras defraudaciones que tiene el 15%; y en cambio en el delito que no han aplicado hasta ahora, es el delito de fraude en la Administración de Personas Jurídicas con un cero por ciento.

**CUADRO Nº 29** 

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Si cumplen	8	40.00
b No cumplen	12	60.00
TOTAL	20	100.00%

**GRÁFICO Nº 29** 



Fuente: Encuesta

# Interpretación:

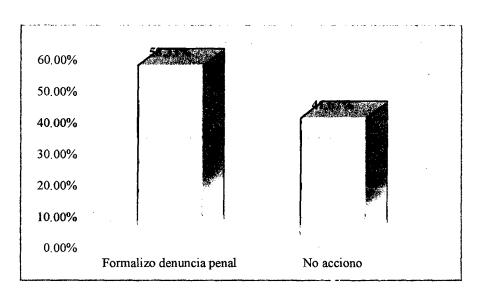
Sobre la efectividad del acuerdo reparatorio, es decir si las actas se cumplen por su solo mérito, el resultado de las veinte escrutadas, es de apreciar el alto índice de Acuerdos Reparatorios que no se cumplen en sus extremos que supera el cincuenta por ciento e inclusive más de la mitad no cumplen con los extremos a que se han obligado.

e.- Actuar del representante del Ministerio Público ante el incumplimiento del acuerdo reparatorio.

CUADRO Nº 30

RESPUESTA	CANTIDAD	%
a Formalizo denuncia penal	7	58.33
b No acciono	5	41.67
TOTAL	12	100,00%

**GRÁFICO Nº 30** 



Fuente: Encuesta

## Interpretación:

Sobre el actuar del representante del Ministerio Público ante el incumplimiento del acuerdo reparatorio, de las 12 carpetas fiscales se advierte que en siete (7) de ellos el fiscal procedió a formalizar denuncia penal, mientras que en 5 carpetas fiscales no accionó, desconociendo lo prescrito en el último párrafo del art. 2 inciso 4.

#### 4.3. Resultados teóricos

## 4.3.1. Objeto de los acuerdos reparatorios

Es tal la fuerza e importancia de los Acuerdos Reparatorios, que la ley procesal obliga al Fiscal de propiciar estos acuerdos u otras medidas que faciliten la reparación del daño causado a la víctima siempre y cuando se está frente a un hecho punible, por eso es función del Fiscal controlar los casos que van a llegar a un Acuerdo Reparatorio, de modo tal que si está frente a un hecho que no es delito, ni justiciable penalmente, o que el hecho no se produjo, que no le es imputable al sujeto, tendrá que rechazar el acuerdo por no estar frente a la condición "sine qua nom": que el hecho sea delito.

Finalmente, cual es el Objeto de un Acuerdos Reparatorio?, entiendo que es hablar de la Reparación Civil, y ello no significa necesariamente la indemnizaciones en sumas de dinero, la restitución del bien o el pago de su valor al estilo del Artículo 92 del Código Penal, sino que en una cantidad importante de nuestros Acuerdos Reparatorios han consistido en distintos aspectos y que la única condición exigible es que el acuerdo sea lícito.

Los acuerdos, en cuanto a la indemnización pueden tener plazos hasta mayores de los 9 meses al que alude el Principio de Oportunidad, siempre que las mismas partes así se impongan, puesto que si bien lo que está en discusión es la reparación civil, no menos cierto es que se encuentra en peligro la integridad de la familia, por ello es que en éstos casos hay la intención de buscar una justicia restaurativa para el agraviado, pero sin olvidar al imputado, que vendría a ser la

persona más vulnerable de no encontrar solución al conflicto penal, son los casos específicos de omisión a la asistencia familiar, ello nos ha permitido utilizar ésta herramienta procesal viabilizando una Justicia Restaurativa<sup>44</sup>, en el cual debe entenderse al delito no como una infracción a bienes jurídicos, sino como una ruptura de relaciones humanas que son necesarias restablecerlas; por eso es vital la función del Fiscal cuando utilizando todos éstos Criterios de Oportunidad, logra nuevamente reencuentros entre la víctima y su ofensor para generar una reparación integral del daño, que no siempre es la reparación mediante el dinero; por consiguiente en éste tipo de conflictos, son los actores (víctima e indiciado) los que tienen la solución.

Es evidente, que un Acuerdo Reparatorio no prosperará si en efecto el indiciado se considera inocente, pues en todo caso lo que se estaría haciendo es aceptar una responsabilidad del cual no se es culpable; por ello es tarea del Fiscal informar cabalmente a la víctima e indiciado que solo es posible un acuerdo cuando de por medio en efecto hay un delito, solo que falta acreditarlo completa y plenamente, situación que puede superarse con el consentimiento del indiciado o inculpado; lo que es propio de un sistema de justicia por negociación.

En conclusión, el objeto de los acuerdos reparatorios si bien es la reparación

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> "...El delito es una ruptura de las relaciones humanas antes que una infracción de la ley. Entre otras consecuencias de esta premisa deriva una tendencia a considerar el delito más por lo que supone de lesión o perjuicio en los bienes de las personas y de la paz social que por la dimensión subjetiva de la infracción, cuya indagación y valoración por la jurisprudencia es percibida, desde algunos enfoques teóricos, como manifestación de moralismo decimonónico o de decisionismo judicial". TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma (2006). "Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora", Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, Medellín, p. 322.

civil, debemos ir pensando en un sistema mayor, mejor y acorde a un sistema de justicia restaurativa, que implique una indemnización y reparación integral del daño ocasionado a la víctima, que supere los conceptos tradicionales de indemnización.

## 4.3.2. Legitimados en solicitar

A diferencia del Principio de Oportunidad<sup>45</sup>, el acuerdo reparatorio puede ser promovido de oficio por el Fiscal, pero también se encuentran legitimados a promover y solicitarlo el imputado o la propia víctima, esto último marca la diferencia con el Principio de Oportunidad el mismo que no puede ser promovido por la víctima.

Es necesario distinguir quienes son los legitimados en solicitar la aplicación del Acuerdo, con los que van a concurrir a la Audiencia del Acuerdo a convocarse, es importante tener presente que este encuentro entre legitimados, agresor y víctima no necesariamente se va a dar en forma personal toda vez que además de las posibilidades de mediación o conciliación, el proceso puede también consistir en una negociación entre el defensor y el fiscal o el abogado de la víctima, debiendo el acuerdo ser últimamente aceptado por ambos, situación que se ha visto en la práctica con acuerdos previos o preparatorios, lo que consagra pues un Sistema Penal de Negociaciones propiamente dicho.

¿Es posible que el indiciado y/o la víctima puedan ser representados por un mandatario con facultades especiales para poder arribar a un acuerdo, pues lo que

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> El Principio de Oportunidad es convocado por el Ministerio Público de Oficio o a pedido del imputado, la víctima no está legitimada para pedir la aplicación del Principio, lo que evidentemente no excluye su concurrencia a la diligencia de aplicación del Principio.

se requiere es precisamente el consentimiento válido de la víctima y el indiciado, y para ello no es necesario su asistencia personal, ya que esto inclusive puede evitar reencuentros no deseados entre las partes.

En conclusión la legitimación en la solicitud, en la asistencia a la Audiencia y la propia aceptación del Acuerdo, deben ser personalísimos, sin embargo, no necesariamente se requiere de la presencia de los sujetos procesales (indiciado y agraviado) que bien podrían ser representados para evitar desencuentros no deseados entre el ofensor y el ofendido, lo cual conforme a la doctrina<sup>46</sup>, es una buena práctica. La legitimación cuando corresponde al Fiscal, ordenarlo de oficio, no basta con lo que lo disponga, es necesario que en su Disposición de invitación, también acompañe los elementos de convicción que resulten claros sobre la responsabilidad del imputado, sin embargo, ello no es una práctica entre nuestros Fiscales, pues el imputado, cree que es una simple invitación, en el cual no se cuenta con medios probatorios que lo incriminan, a lo cual se suma que su propio abogado tampoco instruye nada al respecto, generando pues una total desinformación del imputado.

### 4.3.3. Etapa procesal en que se aplican

4.3.3.1. En La Investigación Preliminar.- De una interpretación "sedes materiae" -interpretación por ubicación de la norma - los acuerdos reparatorios se aplican en dos fases de la etapa procesal investigación preliminar y la investigación preparatoria propiamente dicha, pues, cuando en el segundo párrafo del Artículo 2,

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma. Ob. Cit., p. 362.

ordinal 6to dice: "El Fiscal de oficio o a pedido del imputado o de la víctima propondrá un acuerdo reparatorio", el legislador reconoce al Fiscal como el primer funcionario llamado en aplicar el Acuerdo Reparatorio y evitar el juicio oral, por consiguiente la etapa de la investigación preliminar está diseñada para albergar al proceso que habilita al Acuerdo Reparatorio, no debemos olvidar que siendo ésta la primera etapa del proceso, su finalidad es la de indagar la comisión del hecho punible, y sus probables autores y partícipes, por tanto, contando con el indiciado y el agraviado es posible terminar el conflicto penal en tal etapa sin llegar siquiera a promover el ejercicio de la acción penal.

4.3.3.2. En La Investigación Preparatoria.- La expresión consignada en el ordinal 7mo del artículo 2 del NCPP cuando señala que "Si la acción penal hubiera sido promovida, el Juez de la Investigación Preparatoria, previa audiencia, podrá a petición del Ministerio Público, con la aprobación del imputado y citación del agraviado, dictar el auto de sobreseimiento", se reconoce que en la etapa de la Investigación Preparatoria y hasta antes de formularse la Acusación, también se puede viabilizar el proceso del Acuerdo Reparatorio, evitando de esa manera la promoción de la acción penal; solo que la Audiencia ya no será controlada por el Fiscal, sino por el Juez, quien asumiendo los extremos del acuerdo deberá dictar un auto de sobreseimiento, quien podría, inclusive, imponer las reglas de conducta a que alude el ordinal 7 del artículo 2° del NCPP.

**4.3.3.3.** En la etapa intermedia.- Si un proceso ha llegado hasta la etapa intermedia ya no es posible su aplicación por disposición expresa en contrario señalado en el primer párrafo del ordinal 7 del Artículo 2, cuando dice: "hasta antes

de formularse la acusación, bajo los supuestos establecidos". Empero, que pasaría si el acusado ya ha llegado a la etapa intermedia, donde debe cumplirse el control de la Acusación, y el acusado en el ejercicio de sus objeciones contra aquella, presenta una Escritura Pública en el cual ha resarcido el daño a satisfacción completa de su víctima, tendríamos que continuar con el control de la acusación y eventualmente con el juicio oral, con la subsecuente incertidumbre de su resultado, el costo social y el costo por el proceso incoado hasta el final o simple y llanamente ya no sería posible aplicar un Criterio de Oportunidad?<sup>47</sup>, considero que existiendo acusación y habiendo precluido las etapas donde se podía promover un criterio de oportunidad, estando a que no se han afectado bienes jurídicos indisponibles, habiéndose satisfecho la reparación a satisfacción del agraviado, no tiene sentido con continuar con aplicar el Principio de Legalidad, es decir, continuar hasta llegar al juicio oral y allí deslindar responsabilidades, probablemente inclusive el inculpado puede hasta haber pagado un monto dinerario superior a lo solicitado en la Acusación; ante ello podría declararse fundada la objeción planteada e inclusive el Juez puede decretar el sobreseimiento del proceso, la gran pregunta es en que supuesto normativo puede sustentar el sobreseimiento si tenemos las causales taxativas contenidas en el Artículo 344 ordinal 2do del NCPP?

Consideramos que la única que podría acercase como fundamento para disponer el sobreseimiento es el literal c), esto es considerar que "La Acción Penal se ha extinguido". En términos normales, si se llega a un acuerdo reparatorio, en el

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Los Venezolanos que tienen una experiencia mayor que la nuestra, cuyo Código ha regulado el Acuerdo Reparatorio hace ya más de una década, en los artículos 42 y 43 del Código Orgánico Procesal Penal, prevén que el acusado debe ser sujeto a un régimen de aprobación con la medida de suspensión condicional del proceso.

cual ambos convienen e inclusive se cumple cabalmente con sus extremos, la ley en el segundo párrafo del ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP, señala que "....el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal", esa abstención es eterna o temporal?

No existe una norma que nos indique cual es la vigencia de esa abstención, por lo que ante tal vacío normativo, por técnicas de hermenéutica solo tenemos que aplicar una norma que regula otra institución similar, la única más cercana, es el ordinal 4to del Artículo 2 del Código en comento, que regula a la abstención dictada para el Principio de Oportunidad, determinando que la disposición dictada impide, bajo sanción de nulidad, que otro Fiscal pueda promover una denuncia que contenga los mismos hechos; el legislador sin decir, nos está diciendo que en el Acuerdo debe contener un hecho, imputable a un sujeto y un fundamento jurídico que comprenda al Acuerdo; que pasaría entonces, si alguien quiere promover o procesar, una investigación preliminar o preparatoria por el mismo hecho, contra el mismo sujeto y por el mismo fundamento?

La respuesta salta a la vista, nadie puede ser procesado o expuesto a doble peligro, se está consagrando la garantía del "ne bis in idem" para quien ha terminado su conflicto penal por un Acuerdo Reparatorio; por consiguiente hay que entender fundadamente que la Acción Penal se ha extinguido definitivamente; este sería pues el fundamento jurídico para aceptar un Acuerdo Reparatorio en la Etapa Intermedia.

Lo que sí es evidente, es que el imputado ha sido reacio a someterse a un Acuerdo Reparatorio (o a cumplirlo) y recién lo hace en la Etapa Intermedia, luego

de haber hecho activar toda la maquinaria del Poder Judicial y haciendo incurrir en mayores gastos al Estado; ante ello debe pensarse en aplicar algún castigo.

4.3.3.4. En la etapa del juzgamiento.- En esta fase procesal la respuesta es más discutible. Supongamos, que el imputado fue acusado y fue citado para la Audiencia de Juzgamiento, por un delito comprendido en la lista de los que se pueden someter a un Acuerdo Reparatorio; y en efecto el acusado y el agraviado han suscrito un acuerdo reparatorio contenido en una Escritura Pública en el cual han fijado una reparación civil de S/.5,000.00, el Juez al iniciar el juicio observa que el acusado acepta los cargos y la reparación civil, pero resulta que la Acusación había consignado una reparación civil de solo S/. 1,000.00; entonces cual sería el accionar jurisdiccional? Si van por una Conclusión Anticipada en Juicio, el Juez tendrá que aceptar la pena consignada en la Acusación y también lo mismo se puede decir de la reparación, máxime que lo solicitado por el Fiscal es cuatro veces menor que lo fijado en el Acuerdo que contiene la Escritura Pública, es válido condenar, a quien acepta cargos, a quien pagó la reparación civil a satisfacción de la víctima y existe un derecho disponible?

Considero, que no aceptar el Acuerdo Reparatorio a nivel del juicio oral será perjudicial para el acusado y el agraviado, al contrario debería aceptarse el Acuerdo Reparatorio a nivel del juicio e inaplicar la Conclusión Anticipada en Juicio; inclusive de ésta forma se estaría realizando una "interpretación extensiva" de la norma contenida en el ordinal 7mo del artículo 2 del NCPP, que limita la aplicación del Acuerdo Reparatorio hasta antes de la Acusación, extensión que es válida a tenor de lo dispuesto por el Artículo VII ordinal 3ro in fine del Código en comento

(posición que no es jalada de los cabellos, si consideramos por ejemplo que la Mediación como medio alternativo reconocido por el Código de Procedimientos Penales de Colombia, admite su aplicación hasta antes del Juicio Oral, en efecto el artículo 524 señala: "Procedencia. La mediación procede desde la formulación de la imputación y hasta antes del inicio del juicio oral para los delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco (5) años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, y víctima, imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa").

Nuevamente, salta a la vista la aseveración que ésta clase de acusados, solo se habrá valido de la institución del Acuerdo para evitar su Condena, en cuyo caso deberá imponerse el pago de las costas<sup>48</sup>, lo cual constituiría una especie de castigo procesal, a quien no admite una salida alterna al proceso, en sus etapas iniciales (investigación preliminar o preparatoria) y permitiría un incremento de procesos que se someten a salidas alternas al proceso y juicio oral, con tal accionar legislativo, se estaría incentivando la utilización de aquellas salidas y propiciando una cultura jurídica de negociación en el ámbito penal, conforme al Nuevo Sistema Procesal Penal Peruano.

La otra posibilidad, es admitir el Acuerdo Reparatorio, y entenderlo como una admisión de cargos y reparación civil, quedando por definir la pena y por ende estaremos ante una sentencia de conformidad, lo que habilitará al Juzgador a

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> A pesar del texto expreso y claro contenido en el artículo 497 ordinal 5to del NCPP; estos beneficios han sido dictados a favor de quien utiliza una salida rápida y alterna al juicio oral.

disponer por ejemplo la exención de la condena o una reserva del fallo condenatorio, que serían modalidad de pena menos intensa que la propia pena suspensiva; en todos éstos casos señalados, el Juzgador estará obligado a condenar al sentenciado al pago de costas, dado a que su resistencia a la salida alterna en su debida oportunidad, y que solo ha generado mayores gastos su obstinación jurídica a someterse a un Criterio de Oportunidad.

# 4.3.4. Finalidad de los acuerdos reparatorios

Los Acuerdos Reparatorios del nuevo sistema penal acusatorio, iniciado en el Distrito Judicial de Huaura, Centro Piloto de aplicación se ha constituido en un arma estratégica y fundamental para acabar con el retardo procesal y experimentar mayor celeridad en delitos de bagatela, de mínimo reproche penal o de escasa lesividad o de falta de necesidad de la pena; pero no solo ello, sino que se busca lograr una justicia restaurativa.

En el cual el delito no se aprecia fundamentalmente como una afectación a un bien jurídico penalmente protegido, sino que el delito se aprecia como un rompimiento de relaciones humanas entre la "pareja criminal" - inculpado y agraviado- el cual debe restaurarse, por eso se denomina Justicia Restaurativa, el mismo que puede darse en cualquiera de las etapas del proceso llámese preprocesal<sup>49</sup> o judicial esto es cuando ya se ha formalizado la investigación

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> El Tribunal Constitucional en última sentencia emitida ha considerado que los Actos realizados por los Fiscales Penales no son Actos Administrativos, ni tampoco jurisdiccionales, sino son prejurisdiccionales sosteniendo que:"....el derecho al debido proceso despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en la cual al Ministerio

preparatoria; abarata los costes procesales, a través de él, las víctimas recuperan el patrimonio perdido; se evita el conflicto interpersonal entre la víctima y el victimario; se desahogan los tribunales de justicia penal; se evita la impunidad; le permite al victimario evitar un proceso penal con el cual quedará estigmatizado; se le reconoce y se le otorga a la víctima un papel importante dentro del proceso penal.

Adicional a ello se podría decir que la correcta y oportuna práctica de los acuerdos reparatorios es una salida positiva al problema de lo delictivo donde el Estado tiene gran parte de responsabilidad. Se podría pensar que su utilización promueve la impunidad, pero justamente estos son los Criterios de Oportunidad, en los cuales el Principio de Legalidad queda superado, y técnicamente, lo que se propone es que el sujeto le responda la sociedad (y más a la víctima) por el mal que ha hecho estando en libertad.

En todos los sistemas donde se aplican los Acuerdos Reparatorios, se tendrán resistencia de los justiciables, de los abogados libres y de oficio formados en una cultura confrontacional, secreta e inquisitiva, antes que una cultura de consenso y armonía, que trata de restablecer el conflicto provocado por la comisión de un delito; por tanto es una tarea no sólo de difusión de la institución, sino que los distintos operadores entiendan que su función primordial es acabar con los conflictos y no perniciosamente mantenerlos, todo lo cual constituye un desafío práctico e institucional, dentro de un nuevo criterio sobre Justicia Restaurativa.

Público le corresponde concretizar el mandato previsto en la constitución..." (Fundamento 7. del Expediente No 2725-2008-PHC/TC).

#### 4.3.5. Taxatividad de los acuerdos reparatorios

El legislador ha consignado como regla que cuando existe un concurso de delitos, no es posible llegar a un Acuerdo reparatorio, dado a que se entiende que el concurso supone un mayor reproche al imputado, en igual medida el concurso indica mayor penalidad que inclusive podría sobrepasar a los extremos de la pena que consigna hasta el propio Principio de Oportunidad ("que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad"), concurso que puede afectar a bienes indisponibles.

Sin embargo, el mismo legislador a la regla ya señalada, le ha fijado una excepción, si el concurso se trata de un delito de menor gravedad, entonces el acuerdo procede. Estamos pensando, por ejemplo, en un delito de lesiones culposas y fuga, el mismo que tiene varias aristas, por ejemplo si se trata de lesiones culposas leves (entre 15 a 30) y luego se da a la fuga el imputado, no podrá acogerse a un Acuerdo, pues éste último delito es más grave con relación al primero; un ejemplo ideal puede ser, si el imputado injuria a otro, y éste reacciona, pero es lesionado intencionalmente pero con lesiones leves (no superar 30) es posible el acuerdo reparatorio; en otros casos resulta dudoso el acuerdo, veamos, si por ejemplo alguien conduciendo su vehículo ebrio causa lesiones graves (más de 30) y se da a la fuga, resulta que sí se puede acoger a un Acuerdo, pues la fuga es de menor gravedad que las lesiones culposas. Es decir, en cada caso se debe analizar para ver si pese a existir concurso, es posible una salida alterna como el Acuerdo.

Pese a la taxatividad de la norma, en precisar sobre que delitos recaen los Acuerdos Reparatorios, hay un rubro que tal vez podemos entender que pueden ingresar y son los referidos a los delitos preterintencionales o con resultado fortuito, que lo asumiremos al tratar de los acuerdos reparatorios en los delitos culposos.

### 4.3.6. Impedimento de acuerdo por concurso de delitos

El legislador ha consignado como regla que cuando existe un concurso de delitos, no es posible llegar a un acuerdo reparatorio, dado a que se entiende que el concurso supone un mayor reproche al imputado, en igual medida el concurso indica mayor penalidad que inclusive podría sobrepasar a los extremos de la pena que consigna hasta el propio Principio de Oportunidad ("que el extremo mínimo de la pena sea superior a los dos años de pena privativa de libertad"), concurso que puede afectar a bienes indisponibles. Sin embargo, el mismo legislador a la regla ya señalada, le ha fijado una excepción, si el concurso se trata de un delito de menor gravedad, entonces el acuerdo procede.

Estamos pensando, por ejemplo, en un delito de lesiones culposas y fuga, el mismo que tiene varias aristas, por ejemplo si se trata de lesiones culposas leves (entre 15 a 30) y luego se da a la fuga el imputado, no podrá acogerse a un Acuerdo, pues éste último delito es más grave con relación al primero; un ejemplo ideal puede ser, si el imputado injuria a otro, y éste reacciona, pero es lesionado intencionalmente pero con lesiones leves (no superar 30) es posible el acuerdo reparatorio; en otros casos resulta dudoso el acuerdo, veamos, si por ejemplo alguien conduciendo su vehículo ebrio causa lesiones graves (más de 30) y se da a la fuga, resulta que sí se puede acoger a un Acuerdo, pues la fuga es de menor gravedad que las lesiones culposas.

Es decir, en cada caso se debe analizar para ver si pese a existir concurso, es posible una salida alterna como el Acuerdo.

#### 4.3.7. Impedimento por pluralidad importante de víctimas

El legislador, nuevamente en el ordinal 6to del artículo 2 ha sostenido que no procede un Acuerdo, cuando "....haya pluralidad importante de víctimas..."; quien es el que decide cuando hay pluralidad importante de víctimas, si es en la investigación preliminar lo será el Fiscal y si es en la investigación preparatoria será el Juez a propuesta del Fiscal, pero hay problemas al respecto, pues el legislador ha utilizado dos categorías: "pluralidad" que se entiende cuando el número es dos o más y la otra categoría: "importante", cuando la pluralidad es importante? Entonces, de una interpretación integral de ambas categorías, no basta pues estar ante una pluralidad, sino que ante tal pluralidad, la cantidad de víctimas debe ser importante.

Si pretendiéramos interpretar positivamente ésta categoría compuesta - pluralidad importante- en sentido positivo no podremos saber cuándo hay una pluralidad importante, pero, si lo hacemos en sentido negativo, quiere decir, que no habrá pluralidad importante cuando sean dos las víctimas de un bus que llevaba 50 pasajeros, de otro lado si un micro llevaba 4 pasajeros y se lesionan 3 habrá una pluralidad importante pues se habrían lesionado más del 50 %; éstos problemas pueden solucionarse en cada caso en concreto.

### 4.3.8. Requisitos de validez de los acuerdos

Se entiende, por lo sostenido arriba, que los acuerdos reparatorios constituyen

no solo una causal de extinción de la acción penal, sino también, una forma de tratamiento de la Responsabilidad civil proveniente del hecho ilícito, debe apreciarse ciertos requisitos de validez de los Acuerdos Reparatorios. Aun cuando el acuerdo reparatorio es un convenio judicialmente aprobado en una etapa procesal penal, denominada preliminar, entre el indiciado y la víctima o víctimas del delito juzgado, por el cual el primero se compromete a satisfacer la responsabilidad civil proveniente de dicho delito, vale decir, que el imputado se obliga a pagar los daños materiales y morales, y los perjuicios que su acción delictiva haya acarreado. Son requisitos de validez, los siguientes:

1.- Consentimiento. Del imputado y la víctima, en el sentido que el Fiscal siendo defensor de la legalidad, está obligado a conocer y examinar cualquier alegato que se funde en los extremos del acuerdo para que no colisione con normas imperativas, prohibitivas o de orden público del Código Civil, en cuanto sean aplicables, de modo tal que el Fiscal<sup>50</sup> no es un convidado de piedra, ya que pudiera existir intereses colectivos o sociales o difusos lesionados con dichos acuerdos.

En el fondo un acuerdo reparatorio no es un contrato civil, pues no se asienta fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de los pactantes, sino, por el contrario, el consentimiento que se requiere en aquel, es el estado de constricción en que se haya la persona del imputado por el presagio de punición que el proceso penal entraña; aún con ello tal consentimiento debe ser libre no forzado y responsable frente al daño causado; por consiguiente tal consentimiento, siendo un

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Y a su turno el Juez de la Investigación Preparatoria, cuando el Acuerdo Reparatorio se realiza en la etapa de la investigación preparatoria y aún en la etapa intermedia.

hecho subsiguiente al delito, extingue la relación jurídica, creada por un hecho ilícito voluntariamente ejecutado por el imputado, pero, soportado involuntariamente por la víctima; existe una Manifestación de Voluntad, pero no un Negocio Jurídico, así es el delito lo que sustenta al Acuerdo Reparatorio, no hay otra justificación pues nadie está autorizado para hacer un uso indebido y exorbitante de ésta peculiar institución.

- 2.- Autor o participe de un hecho punible. Que, se haya individualizado al presunto autor o partícipe, para comprenderlo dentro de un acuerdo reparatorio; esto es importante, pues la reparación no puede ser igual para un autor o un cómplice secundario; entre otros; el daño tiene que ser graduado conforme a la participación delictiva.
- 3.- Existencia de elementos de convicción.- El Fiscal o el Juez deben siempre comprobar, que respecto al indiciado concurran efectivamente los elementos de convicción mínimos que permitan considerar la existencia de una "causa probable" y que por tanto, el sujeto se encuentra incurso en el delito que se investiga preliminarmente, porque de lo contrario estaríamos convalidando el hecho injusto de la extorsión disfrazada de convencimiento que el Fiscal finalmente aprueba. Este punto, puede evaluarse en cada caso, pues, es posible la ausencia de elementos de convicción y existir solo la imputación que haga el agraviado y la aceptación que realiza voluntariamente el indiciado, debe el Fiscal y el Juez admitir el Acuerdo Reparatorio, si no hay interés prevalente de tercero o ocultación de un acto fraudulento o burla a normas de orden público, el Acuerdo debe aceptarse con éstos mínimos elementos de convicción y dar preferencia al aforismo: "A confesión

de parte relevo de prueba".

4.- Formalidad del acuerdo reparatorio. Esto nos obliga a repensar que cuando existe un Acuerdo Reparatorio (y también un Principio de Oportunidad) puede realizarse de tres formas. La primera por acta por ante el Fiscal, en cuyo caso se requiere la presencia de indiciado y del agraviado, cuando no del tercero civilmente responsables en los casos pertinentes; la segunda posibilidad, es hacerlo por documento privado legalizado notarialmente, no entendemos como el legislador haya podido incurrir en serio error, porque ha exigido la legalización de la firma? Si precisamente la transacción - que es a lo que más o menos equivale un Acuerdo Reparatorio - no requiere de firma legalizada conforme lo preceptúa el Artículo 1304 del C.C., la forma escrita es la formalidad que no necesita la legalización de las firmas, en todo caso esa exigencia consignada por el legislador no es compatible con el ordinal 1 del artículo I del Título Preliminar del NCPP.

Finalmente, y la tercera, es posible que el Acuerdo Reparatorio sea presentado en instrumento público como puede ser una Escritura Pública, en éste caso y cuando el Acuerdo corre en documento privado no es necesario la diligencia de Acuerdo como dice el ordinal 3 del Artículo 2 del NCPP, norma del Principio de Oportunidad aplicada supletoriamente al Acuerdo Reparatorio. Tómese en cuenta, que ninguna de éstas formalidades son "ad solemnitatem" es decir, que su inobservancia puede generar nulidad, sino que esas formalidades solo son "ad probatione" de mejor o mayor probanza; en todo caso el legislador ha dado libertad de forma a los que se someten a un Acuerdo Reparatorio.

5.- Confidencialidad de los acuerdos. Algunos autores han sostenido que

otra de las formalidades que debe preservase en la aplicación del Acuerdo Reparatorio es el principio de confidencialidad, éste consiste en que todo lo que se discuta a propósito de un Acuerdo no podrá luego ser revelado, puesto como argumento en un juicio o utilizarse lo discutido para sacar ventaja en el juicio oral, de lo que se colige que las partes puedan expresar libremente sus posiciones respecto a los hechos, expresar sus sentimientos y plantear sus intereses y necesidades en un ambiente de confianza y respeto mutuo.

La confidencialidad, tiene su fuente normativa en lo previsto por el artículo 8 de la Ley No 26872, en el cual se ordena que: "Todos los que participan en la Audiencia de Conciliación deben mantener reserva de lo actuado. Todo lo sostenido o propuesto en ella carece de valor probatorio", en ese mismo orden de ideas, si la terminación anticipada también permite a las partes negociar y terminar o no con éxito, se sostiene que en ésta institución penal también funciona el Principio de confidencialidad cuando en el artículo 470 del NCPP se dice: "Cuando no se llegue a un acuerdo o éste no sea aprobado, la declaración formulada por el imputado en este proceso se tendrá como inexistente y no podrá utilizarse en su contra".

Sin embargo en nuestro NCPP, en el Principio de Oportunidad, ni en los Acuerdos Reparatorios, no encontramos una norma que consagre el Principio de confidencialidad, lo que ha habilitado inicialmente a los Fiscales a ofrecer en sus acusaciones las Actas de Principio de Oportunidad y de Acuerdos Reparatorios fracasados o incumplidos, donde el indiciado o inculpado admitían ciertos hechos que sustentaba en algo el requerimiento Acusatorio, éste modo de accionar fiscal,

fue observado en ocasiones por los Jueces, o los Abogados defensores y por los mismos Fiscales orientadores que se acogieron voluntariamente a ser respetuosos del Principio en comento; de modo tal que en la actualidad las actas de Principio de Oportunidad y de Acuerdos Reparatorios ya no son ofrecido como medios probatorios.

Sin embargo, debo hacer una distinción que considero importante, si propicio una negociación e invito al inculpado a formalizar un Acuerdo Reparatorio y allí se discute ampliamente, y no llegamos a ningún acuerdo, quiere decir que la totalidad de la negociación no ha surtido efecto y por tanto no se ha concretizado acuerdo alguno, entonces no me es útil como elemento de convicción y mal lo puedo ofrecer al momento de Acusar; **empero si** el Acuerdo Reparatorio fue exitoso y se estuvo cumpliendo el pago de la reparación civil y se condicionó la dictación de la disposición al momento del pago final de la última cuota de la reparación civil, y operó el incumplimiento total o parcial del Acuerdo, considero que esto es una situación distinta, pues si los acuerdos deben negociarse, celebrarse, y ejecutarse, según las reglas de la buena fe y común intención de las partes<sup>51</sup>, y se dio el accionar malicioso del imputado en no cumplir, como es que yo sí debo seguir siendo respetuoso del Principio de confidencialidad, si el mismo imputado no lo es respecto de acuerdos que el mismo ha admitido?

Esto, obligar a repensar dicho principio conforme a lo expuesto; pues a nivel internacional en Venezuela éstos Acuerdos sí son ofrecidos como medios

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Al igual que los Contratos conforme a la regla contenida en el artículo 1362 del Código Civil.

probatorios, cuando éstos fracasaron luego que los indiciados o inculpados, estaban pagando en parte el monto de la reparación civil, pero hay países en los cuales no se puede utilizar el Acuerdo Reparatorio así haya fracasado, es el caso de Colombia (El Código de Procedimiento Penal, establece en el artículo 519 ordinal 4. que "El incumplimiento de un acuerdo no deberá utilizarse como fundamento para una condena o para la agravación de la pena"), el nuestro a pesar de guardar silencio, por no existir norma expresa al respecto, debe ser desarrollada por nuestros Fiscales al ofrecer en sus Requerimientos de Acusación, también las Actas de Acuerdos Reparatorios — incumplidas — que son fuente de prueba que las omiten injustificadamente.

#### 4.3.9. Efectos de los acuerdos

Los efectos de los Acuerdos podemos apreciarlo en dos niveles; desde el punto de vista de la Responsabilidad Penal y desde el punto de vista de la Responsabilidad Civil.

Respecto a la responsabilidad penal.- El Código en el artículo 2°, ordinal 6° del NCPP, prevé si el acuerdo es convenido por el indiciado y el agraviado, el Fiscal debe abstenerse de ejercitar la acción penal. La norma no exige que lo acordado conste en documento público o privado con firmas legalizadas, basta y sobra la obligación asumida por el indiciado y la aceptación del agraviado.

Ya he sostenido que el consentimiento de la pareja criminal (indiciado y agraviado) genera la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Fiscal Provincial Penal, lo que significa que para los delitos tasados (hurto, lesiones leves,

estafa, apropiación ilícita, defraudación, delitos culposos, fraude en la administración de personas jurídicas, daños tipo simple, libramiento indebido, hurto de ganado tipo simple, hurto de uso, sustracción de bien propio, apropiación irregular, y apropiación de prenda) y donde procedan los Acuerdos Reparatorios, el consentimiento, viene a ser una causal más de extinción de la acción penal; en ese sentido, me atrevo a decir que el consentimiento como causal de extinción resulta ser similar a cualquiera de las causales que generan la extinción de la acción penal que están reconocidas en el artículo 78 del C.P. como son los casos de la muerte del imputado, prescripción, amnistía, derecho de gracia, cosa juzgada, y desistimiento y transacción en los casos autorizados; por tanto una eventual reapertura del proceso no solo genera una causal de nulidad, sino que se habría infringido el "ne bis in lídem" en su faceta procesal, tal como ya lo hemos expuesto.

En un eventual incumplimiento del Acuerdo Reparatorio sea total (después del Acuerdo) o parcial (pese a estar cumpliendo el Acuerdo, se deja de cumplir el saldo); los Fiscales están promoviendo el ejercicio de la Acción Penal, para ello vienen aplicando supletoriamente lo previsto por el ordinal 4° del Artículo 2 del NCPP referido al Principio de Oportunidad por no estar previsto en el ordinal 6°, es decir, están realizando una interpretación por analogía lo cual viola lo previsto

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Esa es la naturaleza jurídica de los acuerdos reparatorios, así se mencionada que: "A diferencia de la suspensión condicional del procedimiento — similar al Principio de Oportunidad -, la ley no exige en este caso la presencia del defensor del imputado como requisito de validez para el acuerdo reparatorio. El fundamento de esta distinción es claro: los efectos de aquélla son mucho más graves para el imputado que los de éste, pues en este último caso la extinción de la acción penal se produce tan pronto se aprueba el acuerdo. En consecuencia, frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio solo cabe exigir su cumplimiento forzoso ante el juez de garantía o los tribunales civiles...", (sic). HORVITZ LENNON, María (2002). "Derecho Procesal Penal Chileno", Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 574.

por el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil<sup>53</sup> que es norma de hermenéutica para todo el ordenamiento jurídico; y si están realizando una interpretación extensiva lo vienen haciendo "in malam parte" lo cual también viola lo previsto in fine del ordinal 3ro del Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal<sup>54</sup> pues permite una persecución penal, afecta la libertad y el ejercicio de los derechos del indiciado o inculpado, pese a que el consentimiento ya cerro el conflicto.

De esto colegimos y hacemos hincapié, que en el actual proceso penal un Acuerdo Reparatorio extingue la acción penal y consiguiente la responsabilidad penal<sup>55</sup>, y la Disposición de Abstención del ejercicio de la Acción Penal dictada por el Fiscal Penal es semejante al de una cosa juzgada material, pese a que no hay sentencia ni auto de sobreseimiento<sup>56</sup>.

Límites de los Acuerdos Reparatorios, debe tenerse en cuenta que la

<sup>53 &</sup>quot;Lo ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> "La Interpretación extensiva y la analogía quedan prohibidas mientras no favorezcan la libertad del imputado o el ejercicio de sus derechos".

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> "...la suspensión condicional del procedimiento - similar al Principio de Oportunidad -, la ley no exige en este caso la presencia del defensor del imputado como requisito de validez para el acuerdo reparatorio. El fundamento de esta distinción es claro: los efectos de aquélla son mucho más graves para el imputado que los de éste, pues en este último caso la extinción de la acción penal se produce tan pronto se aprueba el acuerdo. En consecuencia, frente al incumplimiento del acuerdo reparatorio solo cabe exigir su cumplimiento forzoso ante el juez de garantía o los tribunales civiles. "(sic). HORVITZ LENNON, María. Ob. Cit., p. 574.

Figure 156 HURTADO POMA, Juan Rolando (2008). "Ensayos Jurídicos Contemporáneos", Ara Editores, Lima, p. 153 y ss. En semejante sentido se ha expresado el Tribunal Constitucional, aunque en forma posterior a nuestros artículos, al analizar los efectos del Archivo Fiscal, que las hace "plausibles de seguridad jurídica" sosteniendo sobre éste que: "...no se le puede negar el carácter de cosa decidida (cosa juzgada), sabiendo además, que el frecuente que el fiscal penal para archivar una denuncia realiza un juicio de tipicidad del hecho denunciado.... "(sic) (Ver Fundamento 16 del Expediente No 2725 - 2008 - PHC/TC.

Disposición de Abstención basado en el Acuerdo, tiene dos límites: **objetivos** en el sentido que el debate respecto al hecho punible queda cerrado indefectiblemente, y el limite **subjetivo** en el sentido que el debate respecto a las personas comprometidas en el Acuerdo solo alcanzan a éstas y no a otras, quedando pues clausurado cualquier discusión sobre las personas que se vincularon con el Acuerdo Reparatorio, puesto que el conflicto no puede ser reaperturado sin vulnerar el "ne bis in idem" en su vertiente procesal, por eso es necesario que esta información sea prestada a la víctima y al indiciado en el sentido que conozca que si el acuerdo reparatorio es aprobado por el Fiscal, éste hecho jurídico produce el efecto jurídico y consecuencia de archivar definitivamente la causa, extinguiéndose la acción y la responsabilidad penal del imputado, éste es el primer gran efecto.

Respecto a la responsabilidad civil.- El segundo gran efecto jurídico, es del nacimiento de una responsabilidad civil vinculante y definitiva. De lo que se colige, que si se fija el Acuerdo Reparatorio bajo plazo para su pago y en un eventual incumplimiento del mismo, tampoco dará lugar a la reanudación del proceso penal, ni a medidas coercitivas personales en contra el imputado, salvo la de exigir civilmente el cumplimiento del acuerdo reparatorio, es lo que fluye de una interpretación literal de lo previsto en la propia norma, contenida en el segundo párrafo del ordinal 6° del artículo 2° del NCPP.

En Chile, si se aprueba el acuerdo reparatorio (el acuerdo a diferencia del sistema peruano es aprobado por el Juez de Garantías) propuesto por las partes, el Tribunal de Juzgamiento dicta el sobreseimiento total o parcial de la causa (Artículo 242° del Código Chileno) extinguiendo definitivamente la responsabilidad penal

del imputado<sup>57</sup> que hubiere celebrado. Su eventual cumplimiento o incumplimiento es competencia del Juez de Garantía con arreglo al Código de Procedimiento Civil (Artículo 243 del Código Chileno) ésta fuente es la única y más acorde a nuestro sistema si es que estamos hablando de la presencia de derechos disponibles en los acuerdos reparatorios.

Distinto es el caso de Colombia, Bolivia y Venezuela (tienen regulado los Acuerdos Reparatorios), en los cuales ante un eventual incumplimiento de las obligaciones civiles, se promueve el ejercicio de la acción penal, con todas las consecuencias jurídicas de un proceso penal. Nuestra legislación en el Artículo 2°, ordinal 6°, párrafos primero y segundo del NCPP, pese a que en la parte final de éste último párrafo dice que "Rige en lo pertinente el numeral 3)", no da posibilidad, que incumplido el Acuerdo Reparatorio se de la fortuna de una persecución penal dejándose sin efecto la abstención dictada, por eso la norma dice puntualmente: "Si ambos convienen el mismo, el Fiscal se abstendrá de ejercitar la acción penal".

No se condiciona la suspensión del ejercicio de la acción penal al pago efectivo de la reparación civil o cualquier otra condición de naturaleza civil, basta que las partes den su consentimiento para la celebración del Acuerdo Reparatorio para que el Fiscal esté vinculado y obligado a dictar la Disposición de Abstención del ejercicio de la acción penal en forma definitiva; aunque es verdad, que si el

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> El artículo 242 del Código Procesal Chileno a la letra dice: "Efectos penales del acuerdo. Junto con aprobar el acuerdo reparatorio propuesto, el Tribunal dictará el sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extinguirá, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado".

Fiscal es el velador para un efectivo pago de la reparación civil en un sistema de justicia restaurativa, su función será garantizar de algún modo, se honre con el cumplimiento de la obligación asumida.

En conclusión, ya no habrá responsabilidad penal que perseguir formalizado el Acuerdo, solo existirá una responsabilidad civil, que obviamente no es perseguible en sede Fiscal como lo es en el caso del Principio de Oportunidad<sup>58</sup>, ni éste podría utilizar su Poder Coercitivo tratando de hacer cumplir el acuerdo<sup>59</sup>, pues éste depende del fiel y honrado cumplimiento de las obligaciones asumidas voluntariamente por el imputado.

Entonces, podemos decir, que la naturaleza jurídica de un Acuerdo, por la forma de redacción de la institución en nuestro Código y atendiendo al Derecho Comparado, el legislador ha creado una causal nueva de extinción de la acción penal y en los extremos del acuerdo una fuente de obligaciones, que ha nacido por el consentimiento de las partes, en especial del indiciado, tiene además la virtualidad de ser una obligación que nace en sede penal, cuyos efectos jurídicos irradia en sede

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> No sucede lo mismo en el Principio de Oportunidad, en el cual el artículo 2, ordinal 4 del NCPP precisa textualmente: "Realizada la diligencia prevista en el párrafo anterior y satisfecha la reparación civil, el Fiscal expedirá una Disposición de Abstención. De existir un plazo para el paso de la reparación civil, se suspenderán los efectos de dicha decisión hasta su efectivo cumplimiento. De no producirse el paso, se dictará Disposición para la promoción de la acción penal, la cual no será impugnable ". De esto se colige que la disposición de Abstención tiene una condición SUSPENSIVA, esto es el efectivo cumplimiento de PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL para que proceda a dictarse la abstención, caso contrario no se dicta la Disposición.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> El Artículo 126 del NCPP precribe: "El Fiscal y el Juez podrán requerir la intervención de la fuerza pública y disponer las medidas necesarias para el cumplimiento seguro y regular de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones". De modo que el poder Coercitivo del Fiscal no solo es para hacer comparecer compulsivamente a los sujetos procesales, sino también para hacer cumplir sus funciones, cuando ellos han dictado la orden, no cuando se trata de hacer cumplir acuerdo de terceros.

civil, tendrá un efecto civil, es un auténtica transacción que cierra cualquier discusión patrimonial a futuro<sup>60</sup> sobre la responsabilidad civil que proviene de delito<sup>61</sup>, qué duda cabe que además de extinguir la acción penal cumple también el papel de cerrar la discusión por los extremos de una "reparación civil", aunque todavía lejos de un sistema de justicia restaurativa.

## 4.3.10. Ejecución de los acuerdos

En nuestro concepto, no hay una clara definición normativa como se debe ejecutar un Acuerdo Reparatorio; no hay problema en los acuerdos que contienen compromisos como disculpas, prestación voluntaria de servicios para la colectividad o el agraviado, cesión de bienes al agraviado, entre otros; pero lo que sí es problemático, cuando el indiciado se ha comprometido al pago de una reparación civil dineraria, si el indiciado cumple pacíficamente el pago al cual se comprometió tampoco hay problema; empero, en la realidad hay un número significativo de casos, en los cuales el indiciado se muestra reacio, moroso y no quiere pagar, ni cumplir con el acuerdo; ante ello el Fiscal no puede hacer cumplir un acuerdo que se celebró ante él, pues el procedimiento penal se clausuró por extinción de la acción penal; por tanto, no queda sino su ejecución judicial o forzada, pero por quien y ante quién?; tentativamente menciono dos posibilidades, la primera, por el Fiscal Penal que conoció el caso, él tiene que velar

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> El artículo 1302, 1p. del C.C. dice: "Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado".

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Artículo 1306 del Código Civil que a la letra dice: "Se puede transigir sobre la responsabilidad civil que provenga de delito".

por el pago de la reparación civil<sup>62</sup>, para cuyo caso puede recurrir a la ejecución civil por ante el Juez de la Investigación Preparatoria tal como fluye de una interpretación sistemática de los artículos 493° ordinal 1°, solo que hay un inconveniente, pues el Artículo 496° del NCPP alude que debe intervenir el Fiscal Civil y no el Fiscal Penal que ha conocido de todo el proceso penal; la segunda, por la misma víctima o agraviado, quienes podría judicialmente solicitar la ejecución de la transacción extrajudicial en la vía ejecutiva<sup>63</sup>, respuesta que es compatible con el actual Artículo 688 ordinal 8 del Código Procesal Civil<sup>64</sup>. Otra pregunta pendiente es como se ejecuta el acuerdo reparatorio si en el fondo no es una reparación civil emergente de un proceso penal en forma?

Las normas enunciadas para la ejecución, se refieren a "La Ejecución de la Sentencia" conforme se aprecia de la Sección I del Libro Sexto del NCPP, por consiguiente la ejecución de un acuerdo reparatorio será equivalente a una reparación civil o el Juez de la Investigación Preparatoria a quien se ha recurrido podría declarar su incompetencia con el fundamento contenido en el artículo 29 ordinal 4to del NCPP, bajo el sustento que el solo ejecuta Sentencias y el Acuerdo Reparatorio no es una Sentencia; ésta apariencia de ausencia de tutela solo puede ser modificada por una actitud proactiva de los Magistrados del Poder Judicial, solo ellos realizando interpretaciones e integraciones pueden declararse competentes

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Como la transacción penal por así llamarlo no puede ejecutarse en sede Fiscal, pues no hubo proceso, y en todo caso tiene el valor de cosa juzgada según el Artículo 1302 in fine del Código Civil, siendo aplicable lo dispuesto por el Artículo 1312 del Código Civil: "La transacción judicial se ejecuta de la misma manera que la sentencia y la extrajudicial, en la vía ejecutiva.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Conforme al Decreto Legislativo No 1069.

para subsanar ésta falta de claridad y omisión de normas que regulen adecuadamente la ejecución de un Acuerdo Reparatorio; caso contrario la ejecución del acuerdo resultará siendo poco confiable, generando duda de su eficacia de los Acuerdos Reparatorios en la adecuada tutela judicial que se debe brindar a las víctimas, perjudicados y agraviados.

Otra preguntas importante es, hasta cuando puedo ejecutar un acuerdo reparatorio si todavía no ha sido cumplido? El Código Penal trae una norma puntual en el Artículo 100 determinando que "La acción civil derivada del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal" es decir, si conforme a ley se extingue la acción penal la acción civil derivada del delito también se extinguirá, por consiguiente tendremos distintos plazos conforme a la pena del delito correspondiente, que indicarán hasta cuando tengo derecho a hacer realidad la acción civil y por ende el pago de la reparación civil. Pero, para el caso del Acuerdo Reparatorio, el consentimiento del indiciado y el agraviado, obliga a dictar al Fiscal la Disposición de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal y ésta es una auténtica causal de extinción de la Acción Penal, también alcanza a extinguir la acción civil?

No, pues al igual que una Sentencia que quedó firme o causa ejecutoria, si bien ha extinguido la acción penal, falta que se cumpla con el pago de la reparación civil en el tiempo y modo por el delito respectivo; entonces un Acuerdo Reparatorio pese a que se ha dictado la disposición de Abstención, siguiendo el mismo criterio penal ya esbozado, solo se extinguirá en tanto y en cuanto no haya fenecido el plazo de ejercitar la acción penal por el delito correspondiente, por consiguiente habrán

términos distintos para reclamar el cumplimiento del pago consignado en el Acuerdo Reparatorio.

Finalmente, otra pregunta de proyección y cautela es ¿Cómo actuar frente al inculpado que acepta el Acuerdo Reparatorio solo para extinguir el ejercicio de la acción penal y luego no cumple con ningún compromiso asumido? Si hemos tomado posición que un Acuerdo Reparatorio aniquila a la Acción Penal, ese mensaje es entendido por los justiciables, y especialmente por los imputados, que estarán debidamente asesorados por sus Abogados y bajo las instrucciones del Fiscal entiende y comprende que si acepta el Acuerdo Reparatorio ya no lo perseguirán, entonces se corre el riesgo de incentivar conductas que admitan responsabilidad, pero que dictado la disposición de abstención, se nieguen a cumplir con lo asumido para pagar la reparación del daño; entonces, el Estado debe regular adecuadamente que la ejecución de un Acuerdo Reparatorio en cuanto a su aspecto indemnizatorio debe ser fulminante, sin mayor obstáculo y de pleno rapidísimo para que las mismas víctimas vean con agrado y confianza a dicha institución y que los imputados si bien aprecian que dicha institución cierra el conflicto, su responsabilidad penal debe ser cumplida y en caso contrario la ley actuará con el mayor rigor del caso, evitándose la burla al agraviado y al sistema de Administración de Justicia.

### V. DISCUSIÓN

# 5.1. ¿Los acuerdos reparatorios son procesos?

Es frecuente escuchar en el medio prejurisdiccional o jurisdiccional, que el Principio de Oportunidad y los Acuerdos Reparatorios, al igual que la Conciliación, el Arbitraje y la Mediación son solo Medios Alternativos de Resolución de Conflictos (MARCS) o son Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), en ambos casos habría que preguntarse, alternativo a qué? alternativo de qué? alternativo porque? Obviamente, será alternativo al proceso penal tradicional, entonces nos preguntamos, los incidentes por llamarlo de alguna manera también se erigen como un proceso o forman parte de éste.

En cuanto a los Acuerdos Reparatorios – y también el Principio de Oportunidad – yo considero que no solo se trata de expresar que es un simple medio alternativo, sino que atendiendo a los ritualismos, formalidades, y exigencias que se presentan en su interior, con reglas claras, es un verdadero proceso<sup>65</sup>, en el cual se dan un conjunto de actos que deben realizarse para componer un litigio; si se da en principio la existencia un conflicto de orden penal, luego hay la invitación del Fiscal o del imputado o del agraviado, a que este se resuelva

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> "Una exigencia metodológica imprescindible para el estudio del procedimiento, que se resuelve, como casi ocurre siempre, en una exigencia terminológica, me induce a aclarar y a observar con el mayor rigor posible la distinción entre la suma de los actos que se realizan para la composición del litigio, y el orden y la sucesión de su realización, el primero de estos conceptos se denota con la palabra **proceso**. Aun cuando sea tenue, por no decir capilar, la diferencia de significado entre los dos vocablos, y por muy extendida que se halle la costumbre de usarlos indistintamente, invito a los estudiosos a tener en cuenta la distinción, sin cuya ayuda se hace casi imposible poner en orden en el montón de fenómenos que la teoría del procedimiento debe enseñar a conocer". CARNELUTTI, Francesco (2000). "La Prueba Civil", 2da. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 143.

armoniosamente, dicha invitación es puesta de conocimiento del contrario, existe un ente mediador que es el Ministerio Público, hay debidos emplazamientos a través de las notificaciones fiscales, aquel tiene que convocar a una Audiencia, y el Fiscal como funcionario está investido de facultades propias que le da la ley.

Las partes luego de una negociación adecuada, dentro de los extremos fijados por la ley pueden logar componer el conflicto, ellos mismos o con la ayuda del Fiscal, dictando una decisión que se plasma en un acta suscrita con todas las garantías del caso, ambas partes debidamente asesoradas por sus defensores, que vincula al Fiscal Penal a admitirla sin mayor observación dictando una Disposición Fiscal en el cual se da por cerrado el conflicto y solucionado en sus extremos propuestos y voluntariamente aceptado por ellos; por eso su real tramitación no es la de ser un simple medio alternativo, ni tampoco es un simple procedimiento<sup>66</sup>, sino que la Audiencia de los acuerdos reparatorios es un verdadero proceso, y aun cuando no haya sido reconocido expresamente por nuestro Código Procesal Penal, no le quita su real naturaleza procesal.

Sin embargo, el proceso como tal, es mucho más que el acto de juzgar, como dirá Monroy Gálvez, quien citando a Carnelutti, dice, que para distinguir mejor proceso y procedimiento se debe atentar contra el sistema decimal; el proceso es el número concreto, que puede no llegar a la decena, o bien puede comprender a más de una; finaliza el maestro peruano Monroy dando su definición personal de

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> "La noción de **procedimiento**, por el contrario, es meramente formal. El procedimiento, así, es el proceso visto en su exterioridad, en su dinámica; o, para usar una distinción ya percibida por Joao Mendes, el proceso es el movimiento ya en su forma intrínseca". MONROY GÁLVEZ, Juan (1996). "Introducción al Proceso Civil", Tomo I, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, p. 133.

proceso, dice: "El proceso judicial en nuestra opinión, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo su dirección, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos<sup>67</sup>.

Los que son comunes a todos los participantes del proceso..." (sic)<sup>68</sup>; si esto es el proceso en concepto de maestros tradicionales y actuales, entonces, el esfuerzo que hace el Estado a través de un órgano constitucionalmente autónomo como lo es el Ministerio Público, de resolver el conflicto de orden penal *ab initio*, en la investigación preliminar y conforme a las reglas que consigna el nuevo sistema procesal penal, a través de un instrumento denominado acuerdos reparatorios, lo hace con una sucesión de actos, que se hayan regulados en el Código Procesal Penal, con el propósito de obtener fines privados esto es resarcir al agraviado y respecto al imputado darle una oportunidad más para reintegrarlo a la Sociedad y en sus fines públicos, aquel proceso, sirve para resolver un conflicto de orden penal, como fin concreto, como fin abstracto lograr la paz en Justicia y como fin práctico lograr la tan anhelada descarga procesal.

Por consiguiente, cuando se preguntan cuándo comienza el proceso penal conforme al nuevo Código Procesal Penal, creo ya se tiene la respuesta, pues si éste Código reconoce a los acuerdos reparatorios, al principio de oportunidad y un archivo fiscal<sup>69</sup> como cancelatorios de la persecución penal al igual que un auto de

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Ibíd., p. 134.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Ibíd., p. 135.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Obviamente, estamos hablando de un Principio de Oportunidad cumplido, estamos hablando de un Acuerdo Reparatorio cumplido y de un Archivo Fiscal firme en sus extremos que no existen nuevos elementos de convicción que lo hagan variar o que el

sobreseimiento o una sentencia condenatoria o absolutoria o aprobatoria de una terminación anticipada o una sentencia de conformidad cual es la diferencia? Si todos están sometidos a trámites, a actos procesales, a la competencia de funcionarios que actúan por delegación y en nombre del Estado, que todos se someten a reglas claras de un debido proceso, donde se respetan las garantías procesales y los derechos fundamentales, donde incluso se regulan medios de impugnación y finalmente emiten decisiones que son inalterables, cual es la diferencia entre los tres primeros nombrados y los tres últimos nombrados, si ambos están dentro del nuevo sistema que consagra el Nuevo Código Procesal Penal, aunque en distintas etapas?; Yo, creo que, todos tienen un derrotero: el conflicto penal, la solución podrá ser una salida alterna (proceso al fin y al cabo) o el proceso tradicional estrictamente jurisdiccional (proceso en puridad); por consiguiente mi propuesta de explicación sería reconocer que el proceso comienza desde la "notitia criminal".

Como dicen Alberto Binder<sup>70</sup>, y tiene razón, pues desde que ella es recepcionada por la policía por ejemplo, el Juez de la Investigación Preparatoria está habilitado a ingresar al procedimiento de investigación preliminar para cautelar cualquier derecho fundamental que se vea afectado, por consiguiente los actos jurisdiccionales se dan desde el inicio - siempre que intervenga el juez -; lo que pasa es que el Código está diseñado para que el Justiciable (indiciado o agraviado o ambos, con el concurso del Fiscal) puedan optar por una salida procesal alterna al

archivo se refirió al proceso de subsunción que no es posible reabrirlo como ha sostenido nuestro Tribunal Constitucional Exp. N° 2725 - 2008 - PHC/TC.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> BINDER, Alberto M (2004). *"Justicia Penal y Estado de Derecho"*, 2da edición, Editorial Ad – Hoc, Buenos Aires, p. 87.

proceso penal en esencia y concluir el conflicto por una salida rápida como lo son el Principio de Oportunidad y el Acuerdo Reparatorio, decisiones, que si bien no son sometidas al juzgamiento, eso no quiere decir, que no sean actos jurisdiccionales, pues una salida como las citadas, también producen tutela judicial, a las partes, al agraviado que ve resarcido en sus intereses afectados y al imputado que ve que extinción de la persecución penal y que tienen el carácter de ser inalterables - al menos la persecución penal, por interpretación del Artículo 2, ordinal 4 del NCPP-, eso es lo que me ha llevado a decir anteriormente que los Fiscales en algún momento producen actos jurisdiccionales, pues el Estado es el que ejerce jurisdicción, y lo ha delegado a diversos entes en diversos momentos.

Al respecto Carnelutti señala que el proceso "...es el número concreto, que puede no llegar a la decena, o más bien puede comprender a más de una "71 si el proceso, debe tardarse doce para llegar a una sentencia, y solucionar el conflicto, éste puede ser resuelto en el número uno y no necesariamente llegar al número doce; por eso cuando hay un acuerdo reparatorio y éste es exitoso, el conflicto se habrá resuelto, en el número uno conforme a la definición de Carnelutti, sin necesidad de llegar a la parte más importante y estelar del proceso penal: el acto del juzgamiento.

Por tanto, en sentido lato habrá un acto jurisdiccional del Estado, que ha satisfecho a un interés privado (el de los sujetos procesales) y el del Estado (como ente monopolizador de resolver los conflictos), habrá pues un proceso de un acuerdo reparatorio que en sentido lato, contiene un acto jurisdiccional que ha

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> CARNELUTTI, Francesco. Ob. Cit., p. 144.

definido y concluido el conflicto penal.

De toda ésta argumentación, podemos concluir que cuando algunos autores consideran que las Salidas Alternas son inconstitucionales<sup>72</sup>, consideramos que su error parte de dos aspectos: primero, considerar que hay un solo proceso y es el judicial y segundo que hay una sola jurisdicción y es la judicial; cuando en verdad producto de la evolución dialéctica de las instituciones, podemos sostener enfáticamente que el proceso es mucho más que un acto de juzgar, que aquel proceso no de patrimonio exclusivo del poder judicial, sino, siendo un instrumento al servicio del hombre sirve para resolver el conflicto y esto no necesariamente se produce exclusivamente en sede judicial; y segundo que si bien hay una jurisdicción que corresponde al estado, hay varias manifestaciones de una única jurisdicción, lo que nos lleva a distinguir actos jurisdiccionales latu sensu y actos jurisdiccionales estrictu sensu.

Además, debemos considerar que los acuerdos reparatorios tienen una lógica distinta, se basan en criterios de economía procesal, constituye una alternativa a los procesos largos y costosos, y un mecanismo para analizar la selectividad espontánea del sistema penal; en el cual no se está persiguiendo exclusivamente un interés público, sino un interés privado, por eso en concepto de la maestra venezolana

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> A nivel internacional BINDER, Alberto M (2005). "Introducción al Derecho Procesal Penal", 2da edición, Editorial Ad — Hoc, Buenos Aires; y a nivel de Perú, el profesor MALLMA SOTO, José Carlos. "Principio de Oportunidad versus Principio de la Presunción de Inocencia al respecto del Acuerdo Reparatorio". Disponible en sitio web: http://www.monografias.com/trabajos-pdf/prmcipio-oportunidad-presuncion/principio-oportunidad-presuncion.shtml. Visitado el 13 de julio de 2013.

Magaly Vásquez<sup>73</sup> compartimos su criterio, cuando dice que los acuerdos reparatorios "...son procedimientos voluntarios que terminan por acuerdos entre las partes y por tanto su objetivo no es encontrar culpabilidad estigmatizante como el proceso penal, ni tampoco establecer sanciones propiamente penales, sino reparar a la víctima, por eso es un proceso alternativo al penal..."; por consiguiente quien pretende cuestionar al Principio de Oportunidad o los Acuerdos Reparatorios con los criterios tradicionales de proceso, jurisdicción y juzgamiento "decimonónico", se equivoca, y no comprenderá que a las nuevas instituciones no se puede enjuiciar con criterios ya superados.

# 5.2. ¿Qué tipo de medio alternativo es un acuerdo reparatorio?

En el Proceso de un Acuerdo Reparatorio, si bien nos permite resolver un conflicto de orden penal, siendo una salida alterna al Proceso Penal Tradicional, tiene que acudirse a un instrumento, como puede ser una negociación, conciliación, un arbitraje o una mediación.

Las teorías abolicionistas y/o minimalistas del derecho penal, la victimología, los movimientos pacifistas de resolución de conflictos, la búsqueda de resocialización del delincuente, etc., han venido potenciando la mediación penal entre víctima y victimario en los ordenamientos jurídicos, regulándose en ellos cuestiones tales como la delimitación subjetiva en el procedimiento de mediación, la capacitación del mediador, el procedimiento-base de mediación penal, el debido respeto a la presunción de inocencia, la determinación de qué tipos de delitos son

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> VÁSQUEZ GONZALES, Magaly (2007). "Derecho Procesal Penal Venezolano", Universidad Católica – Andrés Bello, Caracas, p. 62 y ss.

posibles "cuestionar" en mediación, amén de la naturalización de la reparación ya como sanción específica o como manifestación restaurativa.

En España, dice la profesora Barona Vilar<sup>74</sup> aun cuando algo más lentamente, se halla en el camino de configurar legalmente la mediación penal en adultos. Un paseo por el derecho americano, el inglés, los países escandinavos Francia, Alemania, Portugal y España aun cuando incipiente, así como por Chile y Brasil, son más que suficientes para considerar que la mediación penal en adultos es una realidad imparable. En todos estos países se ha producido una convergencia pacífica entre el modelo retributivo y el modelo restaurativo, siendo la mediación el instrumento procedimental con garantías para alcanzar los resultados. España, como se aprecia, se considera a la Mediación como la más indicada para resolver conflictos penales.

En nuestro país, enseña el profesor Iván Choque Ormaechea y sostuvo que en ésta clase de acuerdos, el Fiscal actúa como conciliador o como mediador dependiendo del momento y del origen de la convocatoria, y no le falta razón; ya que el Fiscal cuando de Oficio (situación prevista *ab initio* del segundo párrafo del ordinal 6to del artículo 2 del NCPP) pretende llevar adelante un Acuerdo Reparatorio será un Conciliador, y por tanto en la conciliación su papel es más activo en tanto puede proponer soluciones, sin embargo las propuestas del tercero no son vinculantes<sup>75</sup>; pero, tienden a buscar una cabal justicia restaurativa, pues le

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> BARONA VILAR, Silvia y otros (2009). *"La Mediación Penal para Adultos"*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, p. 410.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). "Manual de Conciliación Procesal y Pre Procesal". En: Revista No 3, Edición Especial, Academia de la Magistratura, Lima, p. 33 y ss.

corresponde proponer el acuerdo reparatorio, en caso de inasistencia del agraviado podría hasta fijar el monto de la reparación civil que corresponda (situación permisible por la norma contenida en el ordinal 3ro del artículo 2 del NCPP).

En el caso que agraviado e imputado se hayan puesto de acuerdo en la forma de indemnización, pero no en el plazo queda autorizado por ley a fijar el plazo sin que exceda de nueve meses; pero será un **Mediador**, cuando las partes: victima e indiciado se avienen a solucionar el conflicto penal, el Fiscal pasa a un segundo plano y los protagonistas son ellos, quiere decir, que estamos ante un Fiscal mediador, que solo observa lo que las partes han expuesto sus controversias y la forma de su solución, obviamente será un mero controlador que no rebase los extremos que la ley consigna.

En ese sentido en ocasiones hasta las diligencias o audiencias para el desarrollo de los mismos será innecesaria, al extremo que si el acuerdo se lo presentan en documento público (Escritura Pública por ejemplo) o en documento privado legalizado notarialmente, solo le queda la obligación de dictar la Disposición de Abstención del Ejercicio de la Acción Penal, dando por cerrado el conflicto de orden penal conforme lo ordena mandatoriamente el segundo párrafo del ordinal 6to del Artículo 2 del NCPP, aunque es verdad que como garante de la legalidad, también tendrá la oportunidad de verificar que los acuerdos no vayan a lesionar derechos fundamentales del indiciado o que las cláusulas que contiene el acuerdo estén en contra de normas que interesan al orden público o las buenas costumbres.

De esto se colige que los MARCS (medios de resolución de conflictos) o

MASC (medios alternativos de solución de conflictos) se dan en el mismo desarrollo del proceso penal, pero obviamente en etapas más tempranas, antes que se llegue a juicio oral etapa estelar y central del proceso penal, por tanto, aquellos medios de resolución o alternativos también se dan en el derecho penal, aunque limitado a los delitos señalados taxativamente en la norma. En conclusión, el Acuerdo Reparatorio responde a un híbrido, que puede ser Conciliación o Mediación, dependiendo de quién parta el Acuerdo.

# 5.3. Reflexiones teóricas y prácticas sobre la reparación del daño y la justicia restaurativa

#### 5.3.1. Generalidades

En el postmodernismo hemos visto el nacimiento y desarrollo de un movimiento innovador: la reparación del daño como una posible respuesta penal. Entre los factores que han contribuido a esta nueva visión de la reparación como parte del sistema de consecuencias penales se encuentra la atención a la víctima del delito, cuyas necesidades habían sido instrumentalizadas por el sistema punitivo a cumplir una función exclusiva de denunciante, testigo, u ofendida con el hecho ilícito. La participación de la víctima históricamente estuvo limitada por el Derecho penal a la reparación del daño civil, entendiéndose que, la vulneración de bienes jurídicos se sustrae a los intereses particulares y es una ofensa contra la colectividad, contra el Estado.

El discurso ha cambiado considerablemente a partir de los movimientos socio-políticos y científicos, entre los que cabe destacar las contribuciones de la

Criminología, con el desarrollo de la victimología, del Derecho penal sustantivo con su referencia a la victimodogmática, y en el seno del proceso penal en el que se visualizan e incluyen los derechos de la víctima a participar de la solución del conflicto.

Las legislaciones penales recientes mostraron una importante disposición ante ese *boom* de la reparación del daño. De tal suerte que el tránsito se inició en el Derecho penal juvenil y luego, éste fue uno de los aspectos centrales de la reforma procesal penal. En la que se regularon formas alternativas de solución de conflictos desde la óptica procesal. Así, encontramos la reparación del daño, como forma de extinción de la acción penal,<sup>76</sup> junto a otras formas alternativas de solución de conflictos, como la conciliación y la suspensión del proceso a prueba.

Desde entonces, se ha generado un debate sobre las fortalezas y debilidades de la reparación del daño, y se generen si no existe un resultado óptimo estrategias para mejorar su posición jurídica. La primera percepción que se tiene y que se deriva del contacto diario con la administración de Justicia, de sus operadores es apenas si se hace uso de las posibilidades que existen en el proceso penal.

El objetivo de esta investigación es mostrar como dentro del movimiento de la reparación del daño existe un enlace a la Justicia restaurativa como forma de solución de los conflictos alternativa a los métodos tradicionales. Que utilizando la Justicia restaurativa se puede contribuir a obtener mejores resultados y mayor eficiencia en el tratamiento del delito y a pasar de los planos, teórico y legal, al

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> MAVILA LEÓN, Rosa (2005). *"El nuevo sistema procesal penal"*, Jurista Editores, Lima, p. 213.

plano real. A la vez, que garantizando algunos aspectos esenciales, se permite alcanzar la justicia y el cumplimiento de los fines del Derecho penal, es decir, la prevención general y especial de delitos.

#### 5.3.2. Estado actual de la discusión sobre la reparación del daño

En la doctrina moderna del Derecho penal no existen conclusiones unánimes sobre la función y los fines de la reparación del daño, tampoco las hay para el Derecho penal, que se caracteriza por estar en un estado de crisis, o de profundas transformaciones.

Una rápida observación sobre el estado actual del Derecho penal, nos muestra la existencia de planteamientos teóricos centrados en la pacificación social, que señalan que a estas alturas del desarrollo humano nadie se quiere mostrar como contrario a la paz social<sup>77</sup>. A la vez, coexisten nuevas corrientes dentro de nuestra ciencia, que abogan por un Derecho penal del enemigo, según el cual, "quien no participa en la vida en "un estado comunitario- legal" debe irse, lo que significa que es expelido (o impelido a la custodia de seguridad), en todo caso, no hay que tratarlo como persona, sino que se le puede "tratar" (...) "como un enemigo"<sup>78</sup>.

En cuanto a la reparación del daño, sus contenidos son defendidos desde diversas concepciones político-criminales, todas pueden reconducirse a las posturas que dominan el panorama del Derecho penal moderno, a saber, las tesis:

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> DÜNKEL, Frieder (1990). *"La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica del derecho penal en el derecho comparado"*, Beristain y De la Cuesta editores, Universidad del País Vasco, Madrid, p. 115.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). "Derecho penal del enemigo", Editorial Civitas, Madrid, p. 31.

abolicionista, resocializadora y garantista<sup>79</sup>. Cada una de estas tendencias políticocriminales tiñe el contenido de la reparación del daño, mostrando ideas y conceptos que se relacionan entre sí, pero que no necesariamente significan lo mismo.

### A. Las tesis abolicionistas

Dentro de propuestas teóricas de la reparación del daño que se fundamentan en las tesis abolicionistas, es posible observar dos posiciones:<sup>80</sup> la posición radical, estaría representada por quienes defienden una teoría pura de la justicia restauradora; la postura moderada cuyos seguidores propugnan el recurso a la justicia informal y a formas de reprobación distintas a la pena, que se caracterizan por un mayor contenido simbólico.

#### B. Las tesis resocializadoras

El punto de partida es el abandono de la concepción patológica del delincuente y de los modelos clínicos, emergiendo con fuerza una visión más humana y racional del delincuente, como sujeto capaz de responsabilizarse de sus actos y de participar activamente en la búsqueda de respuestas y soluciones. Como señala ROXIN, si a través del acuerdo víctima-delincuente el autor del hecho no deberá ir a la prisión con las consecuencias nocivas y discriminatorias que ello conlleva, y de esta forma vuelve a ser aceptado por la sociedad, con ello se hace

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> ARIAS MADRIGAL Doris María (2005). "Sustitutivos penales con especial referencia a la reparación del daño", Universidad de Alcalá, Barcelona, p. 336.

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> MESSMER, Heinz y HANS-UWE, Otto (1992). "Restorative justice on trial: pitfalls and potentials of victim-offender mediation international research perspectives", Editorial Dordrecht, London, p. 529

más por su resocialización que con una costosa ejecución del tratamiento. 81

La reparación del daño cuenta con un gran potencial preventivo-especial, en la medida que se confronta al delincuente con el daño causado y con la víctima. El esfuerzo reparador, es un elemento central ya que en él se expresan los elementos de resocialización y reconocimiento de la norma, aún sino se repara en forma integral o bien, si la reparación es simbólica.

# C. Las tesis garantistas

En vista de la *praxis* y buenos resultados obtenidos en la delincuencia leve y mediana, un amplio sector de la doctrina, acepta la reparación del daño en el Derecho penal, 82 pero sujeta a una serie de limitaciones o matizaciones, ya que dificilmente pueda renunciarse a las garantías constitucionales, penales y procesales que tanto ha costado conquistar y que, aún hoy, son vulneradas en muchos ordenamientos. Desde la doctrina garantista la reparación del daño, inserta en el Derecho penal, deberá comprender la función esencial del Derecho penal, es decir, la protección de bienes jurídicos con fines preventivos, lo que es propugnado tanto por quienes conciben la reparación como "tercera vía" como por quienes la conciben como atenuante, como sanción dependiente o sustitutivo penal. 83

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> ROXIN, Claus (1992). *"La reforma del derecho penal"*, Trabajos del Seminario Hispano-Germánico, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, p. 4.

<sup>&</sup>lt;sup>82</sup> TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma. (1994). *"La reparación a la víctima en el derecho penal"*, Editorial Fundació Jaume Callís, Barcelona, p. 54.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010). *"Aproximación al derecho penal contemporáneo"*, Editorial B de F, Buenos Aires, p. 198.

## 5.3.3. Diversos conceptos de la reparación del daño

# A. La reparación ex delicto o derivada de delito

Para la doctrina mayoritaria tanto civilista como penalista, del delito o falta no nace un tipo de responsabilidad, sino una obligación: la deuda de reparar el daño que causa el delito o falta, como exigencia de restablecimiento del orden jurídico perturbado.<sup>84</sup>

# B. La reparación del daño como consecuencia jurídico-penal

Esta coincide parcialmente con la reparación del daño derivada de delito, en cuanto a su contenido material de compensación del daño material e inmaterial. Sin embargo, a partir de las nuevas tendencias político-criminales, se pretende atribuir a la reparación del daño un papel importante en el sistema punitivo.

En la mayoría de las propuestas no basta con la reparación civil o resarcimiento, se exige algo más, un *plus* para que ésta adquiera el carácter de consecuencia jurídico-penal. Las ideas se dirigen a que la reparación sea una pena, un nuevo fin independiente de la pena; o una tercera consecuencia jurídica, al igual que la pena y medida de seguridad.

# C. La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de conflictos

Son nociones más amplias y tienen en común que remiten a una recuperación

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén (1997). "La reparación del daño ex delicto: entre la pena privada y la mera compensación", Editora Comares, Madrid, p. 152.

de la paz social o, en su caso, al apaciguamiento del conflicto generado por el delito, o subyacente al mismo.

Precisamente es la mediación víctima- delincuente, en donde se encuentra la Justicia restaurativa, que emerge como una solución desformalizada en la que se aplican la reparación de daños, los contactos directos delincuente-víctima o el trabajo en provecho de la comunidad como condición del sobreseimiento del proceso, en el sentido de la *diversión*, o en el marco del proceso judicial sancionador (reparación como pena) o, durante el cumplimiento de la pena en la libertad condicional.<sup>85</sup>

La mediación víctima-delincuente, la reconciliación y la regulación de los conflictos, pueden ser aplicadas dentro de la justicia penal como fuera de ella, y admiten múltiples formas, contenidos y procedimientos para la solución del conflicto. Así, se observan diferencias en cuanto a las funciones del mediador; a los posibles participantes: existiendo sistemas unilaterales, bilaterales y trilaterales; sobre los posibles fines: penal, terapéutico, conciliatorio, compensatorio; y, en cuanto al ámbito de acción: comunitario, escolar, adultos/jóvenes, en la prisión. 86

Podemos advertir que existe en la actualidad un vasto espectro para la reparación del daño, constituyendo el punto de unión de todos los programas la solución de los conflictos, aunque el concepto, la naturaleza jurídica y las justificaciones político-criminales que la sustentan muestren un diverso signo.

<sup>85</sup> DÜNKEL, Frieder. Ob. Cit., p. 116.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2003). *"Tratado de Criminología"*, 2da edición, Editora Tirant lo Blanch, Valencia, p. 1555 y ss.

### 5.3.4. La justicia restaurativa

El punto de partida de las ideas de la Justicia restaurativa se encuentra el debate sobre la responsabilidad y equidad de los delincuentes y las víctimas en la justicia penal. Debido a que el Derecho penal se inclinó hacia el delincuente, en tanto, la víctima no había sido tenida en consideración. Además, desde el punto de vista del autor, la respuesta penal es cuestionada por ser retribución a la lesión de bienes jurídicos, conllevando procesos de exclusión social, de etiquetaje negativo, y el autor no es valorado en todo su potencial, relegándosele a una posición indiferente y pasiva.

Aún no existe una noción precisa, universal para la Justicia restaurativa, sin embargo, desarrollos recientes de Naciones Unidas han tratado de encontrar un concepto para esta nueva forma de solucionar los conflictos.

En ese sentido, la Justicia restaurativa se ha definido de la siguiente manera: "todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador".87

El delito supera el quebranto a la legalidad y es observado como un acto que causa daño a las personas y a la comunidad, incluido el delincuente. 88 El papel de la justicia, consiste reparar ese daño mediante un proceso donde los actores

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Ibid., p. 1556.

<sup>88</sup> Ibid., p. 1557.

centrales son las víctimas, el infractor y la comunidad afectada. Con ello se alcanza una mayor satisfacción de la víctima y del delincuente, una menor de reincidencia, y se logran decisiones óptimas en términos de eficacia y celeridad, en comparación con los métodos judiciales tradicionales.

La preocupación por la víctima conlleva a la hora de resolver el conflicto un nuevo entendimiento, a favor de la perspectiva horizontal del delito (entre el delincuente y la víctima), ya no entre el individuo y las normas estatales (conflicto social vertical). La satisfacción a la víctima no tiene por qué ser exclusivamente material, sino que se aceptan las prestaciones simbólicas.<sup>89</sup>

# A. La responsabilidad activa como referente de la Justicia restaurativa

La Justicia restaurativa es una justicia más cercana en la que se fomenta una actitud de responsabilidad activa, que se caracteriza por su carácter dinámico y por una actitud de diálogo en que autor y víctima, quienes deciden sobre las propias consecuencias jurídico-penales. Resaltándose el comportamiento postdelictivo positivo orientado a la reparación del daño o a la superación de las consecuencias del hecho ilícito. 90

Tradicionalmente el Derecho penal se basa en la responsabilidad pasiva, a un sujeto determinado se le realiza una imputación subjetiva, es decir, se verifica si de acuerdo a unos criterios jurídico- penales le es exigible un comportamiento

<sup>89</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Ob. Cit., p. 200.

<sup>&</sup>lt;sup>90</sup> DE VICENTE REMESAL J. (1997), "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", Editora Bosch, Madrid, p. 201.

conforme a la ley. Superado el examen, en forma retributiva al autor se le impone una pena.

En cambio, la responsabilidad activa, promovida por la Justicia restaurativa consiste en que el autor es confrontado con el hocho, y con la víctima, asume la responsabilidad en la reparación del daño y especialmente en la restauración de las relaciones. A diferencia del sistema de consecuencias jurídicas del delito tradicional, el éxito del proceso judicial no está dado por el *quantum* de la pena, sino por la reparación efectiva del daño causado. La responsabilidad activa y pasiva tienen como punto de encuentro la existencia de un marco normativo en el que se define quien es responsable y quien es víctima de un hecho lesivo, lo cual sirve de garantía frente a intervenciones arbitrarias y abusivas. Esto fundamentalmente porque se acude al Derecho penal para establecer la plataforma de referencia. 91

# B. Aspectos críticos de la Justicia restaurativa

Hacia la Justicia restaurativa se dirigen algunas objeciones desde la dogmática penal y principalmente por la corriente garantista. Las críticas se dirigen en varios sentidos, entre ellas hay objeciones teóricas y prácticas.

### B.1. Objeciones teóricas (dogmáticas y de política criminal)

a) Se ha señalado que con esta nueva forma de solución de los conflictos difícilmente puedan cumplirse los fines preventivos, dudándose de si prevalece el aspecto de reconocimiento de la norma por el autor, o si se trata de un abordaje

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Ibíd., p. 202.

psicológico de la personalidad del delincuente. Con la Justicia restaurativa existe el riesgo de instrumentalizar los fines del Derecho penal, en tanto que acaba transformándose en un elemento de pedagogía social y puede llegar a exceder aún las funciones que la teoría de la retribución le ha asignado Derecho penal.

- b) Se aduce que no se cumplen los principios de igualdad y proporcionalidad, ante hechos equivalentes en injusto, culpabilidad y daños puede que la respuesta sancionatoria sea diversa por la actitud de la víctima. Además se inobserva el principio de pena *certa*, es decir, de determinación previa de los rangos de sanción a imponer.
- c) En cuanto a las garantías procesales las principales carencias se relacionan con la inobservancia del debido proceso, la presunción de inocencia y la asistencia de letrado. Se cuestiona la participación voluntaria y la previa declaración de responsabilidad del autor, quien puede verse "forzado" a participar ante el temor de ser compelido al sistema de justicia tradicional.
- d) Igualmente se ha señalado el riesgo de privatización del Derecho penal, devaluando la función simbólica que éste representa.

Frente a cada una de estas críticas hay una respuesta, el punto de partida es el cambio de perspectiva sobre la función judicial, desde la perspectiva de la Justicia restaurativa no se trata de enfrentar posiciones, sino de lograr una posición de responsabilidad y compromiso. Además trata de restaurar a la situación anterior al hecho delictivo. El énfasis se pone en el daño, en la alteración de las relaciones interpersonales entre la víctima y el delincuente en el contexto social.

Para la Justicia restaurativa la culpabilidad del autor no es un aspecto central, sino el reconocimiento de la responsabilidad y las obligaciones hacia la víctima que se generaron con el delito, señalándose que el autor, "puede hacer las cosas bien"<sup>92</sup>.

La confrontación al autor, con el hecho, sus consecuencias y con la víctima le hace tomar conciencia de los daños producidos y ese es el camino de la rehabilitación. Existe un mayor protagonismo del autor en el sistema de consecuencias penales frente al delito que le permite respetar en el futuro de las normas jurídicas, a diferencia del sistema tradicional que conduce a la disolución del individuo en las necesidades del sistema social. La víctima por su parte, se incorpora en un proceso de recuperación y sanación, conoce los motivos del autor y elimina los temores hacia una nueva victimización.

Dentro de las corrientes de la Justicia restaurativa, algún sector aboga por la abolición del Derecho penal, aunque para otros, debe optarse por una posición moderada, la Justicia restaurativa puede cumplir con los fines del sistema penal y no ser sólo una alternativa, en tanto coadyuva a la consecución de los fines penales. Tanto de prevención especial como acabamos de analizar, como el fin preventivo general positivo, en cuanto contribuye al restablecimiento de la paz jurídica y la confianza en el Derecho. 93

# **B.2.** Objeciones prácticas

a) Se ha criticado la preferencia por los procedimientos descentralizados e

,

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Ibíd., p. 203.

<sup>93</sup> ARIAS MADRIGAL, Doris María. Ob. Cit., p. 314.

informales, generalmente guiados por un facilitador voluntario, lo que puede llevar a compromisos mayores que los derivados de la responsabilidad por el injusto culpable.

- b) Un aspecto que se ha objetado es la determinación del daño y su ámbito de cobertura, la Justicia restaurativa se basa en que el delito perjudica a las personas y las relaciones y que la justicia necesita la mayor subsanación del daño posible. Entonces, cabe preguntarse, ¿Qué debe entenderse por daño? Es sólo el daño material? ¿Debe incluirse el daño moral? ¿El daño es la afectación al bien jurídico? ¿Qué ocurre si las aseguradoras cubren el daño?
- c) Otro aspecto que ha sido cuestionado es el equilibrio de las cargas, a fin de evitar la imposición de la voluntad del más fuerte. Los procesos restaurativos no son ajenos a las diferencias derivadas del género, la etnia, la nacionalidad, la cultura, que pueden producir situaciones de desventaja a las partes del proceso. También puede ser que los procesos restaurativos estén destinados a determinados grupos de personas.

Los cuestionamientos y las críticas planteadas desde el punto de vista práctico también han sido respondidos por la Justicia restaurativa. Señalando que en la base de ésta hay un proceso de colaboración, que involucra a las personas afectadas de forma más directa por un delito, para alcanzar la reparación del daño. El autor y la víctima participan en la resolución de sus propios problemas a través de encuentros entre los que existe una actitud de diálogo, de diversas expectativas, integración,

orden.94

Las relaciones entre las personas se restablecen pacíficamente a través de la implicación directa de las personas afectadas por medio del diálogo a lo que se denomina una "restitución comunicativa". Desde esta visión, para el Derecho penal, el restablecimiento de la paz jurídica tiene una visión constructiva y gira en torno a elementos de carácter personal fundamentales, como son: la responsabilidad personal y la atención a la víctima.

Las desigualdades de las partes pueden esquivarse si los facilitadores cuentan con una formación suficiente que les permita lograr la paridad entre las partes o intervinientes, también evitaría que el proceso este rodeado de prejuicios y fundamentalmente, que la restauración tenga un tinte moral, cercano a la demostración de la mala conciencia o de o, de "una cierta humillación (o confesión) del delincuente ante la víctima o la sociedad". 96

### 5.3.5. Debilidades del sistema de reparación del daño

Ciertamente, la incorporación de la reparación del daño dio un viraje a la forma tradicional de solución de los conflictos en nuestro medio, empero, no puede considerarse que la aceptación de la reparación del daño sea lo suficientemente amplia, ni general, como la prevén otros ordenamientos jurídicos del entorno. Paradigmático es el caso de la Constitución Política colombiana que en el año 2003 estableció explícitamente que la "ley fijará los términos en que podrán intervenir

<sup>94</sup> SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén. Ob. Cit., p. 316.

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> Ibíd., p. 317.

<sup>96</sup> ARIAS MADRIGAL, Doris María. Ob. Cit., p. 315.

las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa."

Al desarrollar una nueva legislación, con introducción de forma novedosas de solución de los conflictos, como es el caso de la reparación del daño, son convenientes la evaluación y comparación de los resultados, no sea que los reclamos de los diferentes sectores se traduzcan en tomar la justicia de propia mano, en los llamados a la seguridad ciudadana de "ley y orden" y al recurso a la seguridad privada, invocaciones muy de moda en nuestro medio y en el Derecho comparado, véase en ese sentido, los discursos acerca de la legislación simbólica y la expansión del Derecho penal.

La reparación del daño en nuestro medio no fue precedida, ni tampoco es actualmente objeto de estudios empíricos, a través de los cuales se analice la incidencia de la reforma legal y la necesidad o no de cambios en el tratamiento legal y en las prácticas de la reparación del daño. En ese sentido, los reclamos ciudadanos y hasta de los mismos operadores judiciales carecen de sustento ante la inexistencia de estudios serios. Siempre es determinante evaluar en el plano práctico el impacto de las nuevas tendencias. Acaso existan desarrollos equivocados y de éstos se ha de aprender, rectificar, tomar nuevos rumbos, o bien, en sentido contrario, si éstas muestran muchos aspectos favorables, continuar desarrollándolos y acumular experiencias para expandirlos y difundirlos como una nueva cultura dentro del sistema.

Sin embargo, es posible concluir que se requiere una mayor evaluación del fenómeno para poder determinar si realmente la reparación del daño incide de manera significativa en la solución alternativa de los conflictos. A la vez, se deben

realizar estudios sobre la tipología de delitos a los que se aplica esta forma de solución de conflictos, también es conveniente profundizar el análisis con respecto al nivel de reincidencia y al grado de satisfacción de las víctimas.

De igual forma, es preciso establecer con respecto a otras experiencias en el Derecho comparado, cuáles son las cifras o la media, que permiten concluir que el resultado es óptimo, eficiente para alcanzar los fines del Derecho penal. Por otro lado, las prácticas de reparación integral en nuestro medio se han caracterizado por ser formalizadas, pese a las posibilidades legales de contar con el auxilio de mediadores o facilitadores. Por lo general es el momento previo al debate, ante la inminencia del juzgamiento que se accede a entablar un acercamiento entre las partes. Que por otra parte no es tal, debido a que son los abogados los que transan el conflicto, entretanto, el autor y la víctima permanecen como espectadores, sin involucrase en las tratativas, ni en el acuerdo.

Esa desinformación conduce en algunos casos, a considerar que el acercamiento a la víctima para las tratativas es una especie de coacción o de revictimización, pues contrario a las creencias arraigadas en el consciente colectivo de que la cultura costarricense es de paz y de diálogo, cuando hay una vulneración de bienes jurídicos, las víctimas y sus asesores están a la defensiva y rechazan cualquier acercamiento.

En otros casos, no hay un plan reparador determinado, no existe asunción de responsabilidad del delincuente, repitiéndose la neutralización del juzgamiento tradicional que genera en el delincuente explicaciones auto-justificativas y auto-exculpatorias y que le impiden la asunción del hecho al autor. Por supuesto, aquí ni

hay empatía, ni reconciliación con la víctima, entonces, los ideales que guiaron la reforma procesal de eficiencia y celeridad son frustrados.

Finalmente, una mayor preocupación surge en cuanto al cumplimiento de los fines de la pena, el nulo acercamiento al autor y a la víctima y el seguimiento de investigación posterior del caso, nos impide conocer que ha ocurrido con los fines de la pena. Esto es, si la reparación del daño puede contribuir de alguna forma, al prevalecimiento del orden jurídico en lo que se refiere a los procesos de aceptación de las normas y los valores jurídicos, y de su vigencia por los ciudadanos. Además determinar si cuenta con un potencial resocializador, que impida al autor continuar en la actividad delictiva.

### 5.4. El problema del acuerdo reparatorio y el de su carácter discrecional

### 5.4.1. Descripción de los problemas

Mediante la aplicación de los criterios de oportunidad, el fiscal detenta la facultad discrecional de abstenerse de ejercer la promoción de la acción penal, esto es, injustos de mínima entidad antijurídica y ante agentes de escaso reproche jurídico-penal son sustraídos del ámbito de punición, lo que implica el uso de filtros de selección, necesario en una justicia penal sobrecargada de casos penales, como es el caso de la administración de justicia penal en nuestro país.

De tal manera que el legislador, en el artículo 2 del CPP de 1991, comprendió una serie de supuestos a efectos de regular el régimen aplicativo del principio de oportunidad; sin embargo, no se previeron ciertos supuestos fácticos que podrían propiciar dificultades al momento de la calificación jurídica. Y este es el caso de

algunos delitos en los cuales el agraviado no se encuentra debidamente identificado, en razón de que el bien objeto de tutela penal es de pertenencia colectiva. En efecto, este vacío normativo puede generar tropiezos al momento de seleccionar las conductas típicas que no merecen ser alcanzadas por una pena. La finalidad de este análisis se orienta a proponer salidas legales a la problemática descrita.

Asimismo, existe un segundo plano de descripción referido a que la aplicación del principio de oportunidad es una facultad discrecional del fiscal, más no un imperativo, lo que en la práctica ha significado una utilización mínima de estos criterios despenalizadores. En tal medida, un uso escaso del principio de oportunidad poco puede contribuir a una verdadera democratización de la justicia penal y a una efectiva descarga procesal.

# 5.4.2. Consideraciones generales: El nuevo modelo integrador de justicia penal. Los criterios de oportunidad

La imagen clásica de la justicia penal se caracteriza plenamente con una orientación retributiva de la pena, esto es, la estabilización del sistema social viene condicionada por el castigo que recae sobre la persona del culpable. En efecto, el modelo de justicia clásico apunta a un carácter retributivo de la sanción punitiva, donde el infractor es un centro psico-físico, un instrumento estabilizador del sistema social alterado por la producción del conflicto social. Bajo este paradigma de justicia no puede haber delito sin sanción, puesto que el orden social se encuentra en riesgo, donde la pena y la efectiva persecución del culpable es una función ineludible del Estado, como única garantía de fomentar el orden social y de preservar la eficacia del ordenamiento jurídico.

Un sistema de justicia así concebido se sostiene en el principio de legalidad procesal. El principio de legalidad procesal quiere decir que la represión del delito es una actividad obligatoria de los órganos predispuestos, que no puede ser declinada bajo ningún punto de vista, y no pueden aplicarse criterios de clasificación, puesto que la función persecutoria se deriva de un deber que emana del poder soberano del Estado, en concreto, el poder penal estatal, que es confiado a los órganos de justicia para una efectiva realización de ella de imponer una pena a todos aquellos que han quebrantado el contrato social.

Una justicia criminal como esta ha demostrado con creces que no está en posibilidad de ofrecer respuestas reales y efectivas al problema delictivo; es decir, una represión sin distinción y sin tutela de las partes enfrentadas (víctima-victimario) se convierte en una justicia como acicate del poder punitivo estatal, únicamente orientado a imponer una pena a la persona del culpable, como si la única finalidad de la justicia penal fuese la efectiva imposición de una pena sustentada en razones de justicia.

De esta forma, el conflicto social es sobredimensionado por las facultades persecutorias y sancionatorias del Estado, que se circunscriben a la privación del infractor de una serie de bienes jurídicos, marginando así las legítimas expectativas de las partes confrontadas: la víctima y el imputado. Empero, lo real y palmario es que la justicia penal regida estrictamente por el principio de legalidad procesal se

encuentra hipertrofiada, colapsada, en razón de la abundante carga procesal, del fenómeno de la normativización<sup>97</sup>, de la neo-criminalización y de la prisionización.

Son en efecto, una serie de factores que propician lentitud e ineficacia de los tribunales de justicia encargados de impartir justicia en el ámbito criminal. Ante tal estado de cosas, el conflicto social no es resuelto de una forma pacífica, el imputado es privado de su libertad y recluido en una cárcel altamente contaminante, y la víctima es objeto de una segunda victimización en la que dificilmente podrá ver satisfechas sus pretensiones reparatorias. Es entonces esta una imagen anacrónica de una justicia penal incapaz de ofrecer respuestas pacíficas al conflicto social derivado del delito.

Fueron estas las causas que propiciaron todo un cambio de paradigma, desde una perspectiva desmitificadora de la justicia. En la década de los sesentas, la justicia penal de los Estados Unidos fue objeto de una profunda reforma, el crecimiento imparable de la delincuencia de bagatela, es decir, las altas tasas de criminalidad de la pequeña y mediana criminalidad, puso en cuestionamiento la efectiva funcionalidad del sistema tradicional.

Diagnóstico poco favorable que propició la remodelación de una justicia penal rígida e inflexible por un modelo de justicia consensuado e integracionista, modelo puro de mediación-conciliación (*Reconciliation Programs*) o de reparación (*Restitution Programs*), que implica un cambio profundo en la tradicional

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> MAIER, Julio (2001). "¿Es posible todavía la realización del Proceso Penal en el marco de un Estado de derecho?". En: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales-Un homenaje a Claus Roxin, Marco Lerner Editora, Córdoba, pp. 777 y ss.

distribución de roles entre el tribunal y los implicados porque parten de la premisa de que el crimen debe concebirse como un conflicto interpersonal<sup>98</sup>, una nueva distribución de roles que importa un acercamiento a las formas de conclusión anticipada en el proceso civil.

De esta forma, la justicia penal es flexibilizada por criterios de selección, es decir, aquellos injustos que implican un menor contenido antijurídico así como la culpabilidad mínima del autor, pueden ser sustraídos del ámbito punitivo, donde la solución del conflicto pasa por una integración de la víctima con el victimario.

Una respuesta cualitativamente satisfactoria al problema criminal persigue la efectiva solución del conflicto, que el delito exterioriza (resolverlo no significa exclusivamente castigar con una pena a la persona del culpable). La conciliación de las partes implicadas en el mismo y la pacificación de las relaciones sociales generadas propician un marco de integración social entre las partes al menor coste posible, donde al Estado no le queda otra alternativa que abdicar en sus funciones sancionatorias.

Tal como hemos preceptuado en líneas anteriores, el Derecho Penal ocupa un lugar subsidiario y fragmentario en los modelos de control social y de prevención social, esto es, el derecho punitivo debe de intervenir solo en los casos de extrema perturbación social; extender su intervención a focos tenues de conflictividad, no viabiliza formas pacíficas de solución al conflicto social producido por el delito.

<sup>98</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Ob. Cit., 1007.

En el marco del Estado social de derecho, no puede concebirse que a toda infracción normativa culpable deba sobrevenir una pena, de ahí la relevancia de ofrecer respuestas más racionales y menos aflictivas para los protagonistas del conflicto, promoviendo la integración social por la vía de la reparación del daño. Buscar en las prohibiciones penales la solución al problema del crimen es una ingenuidad; antes que ello, debe buscarse una justa y eficaz política social.

El modelo integrador propone entonces un mayor acercamiento entre los protagonistas del conflicto, mediante fórmulas despenalizadoras que pretenden crear un verdadero marco de pacificación social; un modelo que se preocupe de la víctima y del agresor. En el modelo clásico de justicia, la víctima es un convidado de piedra que es rebasado en sus aspiraciones reparatorias por un poder penal estatal, al que solo le interesa la imposición de la sanción punitiva.

Las primeras correcciones del rumbo –señala Eser– se dirigían a reclamar una mayor implicación de la víctima y a destacar la importancia de la indemnización de daños y perjuicios<sup>99</sup>, el redescubrimiento de la víctima se conduce entonces por la vía de la reparación que se gesta a partir de una justicia penal consensuada.

En efecto, la justicia penal se reconduce por metas preventivas, dejando de lado las aspiraciones puramente vindicativas o represoras. Y no desde su *auctoritas*, sino a través del pacto, del consenso, del arreglo, de la composición: mediante la "negociación", confiando en la capacidad de los implicados para encontrar fórmulas

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> ESER, Albin (1999). "Temas de derecho penal y procesal penal", Editora Idemsa, Lima, p. 271.

de compromiso<sup>100</sup>. Es bajo esta nueva orientación que se pretende estructurar una justicia penal más llevada al consenso, a la pacificación social y a la integración social de las partes confrontadas en el conflicto.

Este modelo de integración social ha sida recogido en nuestro Derecho positivo por el denominado "Principio de oportunidad", criterios despenalizadores que han sido positivizados desde la entrada en vigencia del artículo 2 del Código Procesal de 1991, ratificados por los proyectos de 1995 y 1997, y finalmente sancionados en el artículo 2 del nuevo Código Procesal Penal de 2004. Al respecto, habrá que relevar que los criterios de oportunidad significan en realidad una socialización de la justicia penal, llevada a más por filtros de selección que se plasman normativamente.

# 5.4.3. Los criterios de oportunidad en el derecho positivo vigente y su análisis práctico conforme al problema planteado

El CPP de 1991, en su artículo 2, comprende tres causales para la aplicación del principio de oportunidad, y en el cuarto párrafo del dispositivo legal menciona expresamente que en los supuestos previstos en los incisos 2) y 3) será necesario que el agente hubiera reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo entre la víctima respecto a la reparación civil.

En efecto, el pago de la reparación civil o el compromiso de pago se constituye en un presupuesto esencial e ineludible, para la procedencia de la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del fiscal. En tal medida, habrá

<sup>&</sup>lt;sup>100</sup> GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Ob. cit., p. 1008.

que subrayar que en la mayoría de delitos se identifica claramente una víctima, v.gr. en los delitos de resultado o de peligro concreto, como en el homicidio, lesiones, secuestro, abandono de personas en peligro, omisión de asistencia familiar, etc. Sin embargo, existen otros delitos en los cuales el legislador ha acudido a la técnica de los delitos de peligro abstracto, donde se tutelan bienes jurídicos difusos.

En concreto, el delito de conducción en estado de ebriedad (Título XII del Código Penal –Delitos contra la seguridad pública, capítulo I– Delitos de peligro común) se trata de un ilícito penal que manifiesta la realización de una actividad que lleva ínsita un riesgo para los bienes jurídicos personalísimos.

Estamos entonces ante un bien jurídico supraindividual, destinado a tutelar bienes jurídicos difusos o dígase de intereses sociales indeterminados; son entonces injustos que no lesionan o ponen en un real estado de peligro interés jurídico individual alguno. La dificultad a este nivel es identificar a la persona de la víctima, pues en principio pareciese que cualquier miembro de la sociedad pudiese presentarse como víctima del mismo. Pero, la cuestión no es tan fácil como parece, en la medida en que se necesita una representación acreditada, a efectos de representar debidamente a la colectividad, y esto muy al margen de que este delito no produce daño material alguno.

Antes de detenernos en el aspecto central de análisis, definiremos previamente ante cuál de los supuestos comprendidos en el artículo 2 nos encontramos en el caso del delito de conducción en estado de ebriedad.

El primer inciso implica que el agente haya sido gravemente afectado por las consecuencias del delito, en tal medida, los efectos perjudiciales del injusto deben haber afectado también la esfera individual del agente, empero, en el delito *in exámine*, al ser un delito de peligro abstracto, no se genera una materialidad lesiva que pueda extenderse al agente, es decir, no hay consecuencia tal que pueda incidir sobre los bienes jurídicos del autor, en concreto, sobre su esfera circular.

Entonces, al descartarse el inciso 1, quedan entonces los incisos 2 y 3. El inciso 2 hace alusión a delitos que por su insignificancia o su poca frecuencia no afecten gravemente el interés público, en concreto, significa una valoración del contenido del injusto y el interés social en la persecución del delito. A fin de descartar que este delito se adecua a los alcances del inciso 2, argumentaremos lo siguiente: el legislador del 91, incluyó en el catálogo de delitos este tipo penal en razón a una función político-criminal, es decir, de repotenciar los efectos preventivos de la pena; para tal fin construyó este delito sobre la base de la técnica de los tipos de peligro abstracto.

La anticipación de tutela es incuestionable en este caso, la conducción de un vehículo motorizado en estado de ebriedad se constituye en un comportamiento potencialmente criminógeno, con la suficiente aptitud lesiva para poder vulnerar bienes jurídicos altamente personales. Quien conduce bajo los efectos del alcohol y otras substancias sicotrópicas, es afectado gravemente en sus facultades sensoriales y de percepción, por lo tanto, no está en capacidad de reaccionar y de controlar sus actos conforme a un estado sensitivo pleno.

De esta manera, la vida, el cuerpo y la salud de los transeúntes y otros conductores se coloca en un estadio de riesgo potencial, y en nuestra sociedad el nivel de chóferes que conducen en estado de ebriedad es en realidad alarmante; obviamente, la mayor alarma social se produce cuando un agente con estas características lesiona o provoca la muerte de un ciudadano. En nuestro país, según datos estadísticos, se producen cada año en promedio 74 mil accidentes de tránsito, donde el 40% es ocasionado por un conductor ebrio.

Entonces, podemos decir conscientemente que este delito contiene una mínima significancia antijurídica, por el hecho de que su marco penal imponible no supere un año de pena privativa de libertad; esta será una realidad normativa, pero la realidad criminológica dista mucho de esta valoración jurídico-penal, que tal vez amerita una mayor represión a afectos de afianzar el fin preventivo de la pena. De otro lado, si bien este delito dificilmente es perseguido y sancionado por una serie de disfunciones sociales, arroja una abultada cifra negra de la criminalidad, de hechos que no pasan a conocimiento de la administración de justicia.

Por lo tanto, son realidad hechos punibles de alta tasa delictiva, de frecuencia significante ante una sociedad caracterizada por la inconciencia ciudadana y la falta de reconocimiento fáctico del orden jurídico. Ante lo dicho, no podemos pues alegar un mínimo interés social en la persecución de este delito, más aún cuando es la propia sociedad que hasta hace muy poco demandó una respuesta penal más intensa con ocasión a los múltiples accidentes de tránsito, que provocaron algunos de ellos la muerte de personas inocentes, demanda social que se plasmó normativamente con la sanción de la Ley Nº 27753 del 09/06/02; renunciar entonces

al fin preventivo de la norma significaría declinar en la misión de tutela de bienes jurídicos, ante delitos que generan una alarma social significativa.

Quedaría entonces por analizar el inciso 3 del artículo 2 del CPP, el cual refiere a una mínima culpabilidad del agente o a una aportación mínima en la ejecución del delito, es por lo tanto, ya no una análisis del injusto sino del reproche personal, es un juicio individual llevado al plano sicosomático y social del agente. El momento de valoración de la culpabilidad es cuando se cometió el delito, en el caso del delito de conducción en estado de ebriedad, estamos ante una aparente inimputabilidad por una alteración de la conciencia transitoria.

Sin embargo, el análisis en este caso se remonta a un momento anterior, cuando el agente era conciente de sus actos (*actio libera in causa*), y debió procurar comportarse a derecho, es decir, si sabía que iba a manejar en seguida, y aun así bebió más de la cuenta, sabía entonces perfectamente que estaba creando un riesgo no permitido, por ende, actuó dolosamente.

En tal medida, el artículo 6, 6.3 del Reglamento (Res. CT-MP-N° 200-2001), establece que la abstención del ejercicio de la acción penal por razones de mínima culpabilidad, procederá cuando se presentan circunstancias atenuantes que permitan una rebaja sustancial de la pena, vinculados entre otros factores, a los móviles y finalidad del autor, a sus características personales (principios de determinación de la pena, artículos 45 y 46 del C.P.), causas de inculpabilidad incompletas, etc.

En esta hipótesis delictiva, habría que incidir en las condiciones personales del autor, en su reacción luego de perpetrado el delito, la edad, educación y estatus

socio-económico; no es pues, lo mismo el chófer experimentado de un bus interprovincial que se emborracha en un lugar de tránsito, que el joven que toma sus primeras copas en una fiesta de graduación y se coloca en estado de ebriedad. Para tal fin, habrá que penetrar en el ámbito de la esfera personal del agente, el grado de reconocimiento con la norma, esto es, si es un agente ocasional u habitual, y cualquier otro dato concomitante a la responsabilidad del autor como imputación del delito.

Consecuentemente, ante autores de este delito que revelen estos rasgos personales como concurrentes de supuestos atenuantes, podrán acogerse al principio de oportunidad, fundado en el inciso 3.

### A. El acuerdo reparatorio

Se advierte entonces, que ante un delito que afecta un bien jurídico perteneciente a intereses difusos, es la sociedad la agraviada; sin embargo, no sabemos a ciencia cierta quiénes serán los representantes de la sociedad que reclamarán el abono de la suma de dinero fijada por concepto de reparación civil, en la medida en que no existe una representación civil acreditada que sustente la legitimidad para ello. En consecuencia, si bien la abstención del ejercicio de la acción penal está debidamente fundamentada en la causal del inciso 3, la satisfacción reparatoria contenida en la reparación civil no obtendrá los fines deseados —que es la integración social entre víctima y victimario— pues no se determina con precisión los beneficiarios de aquella.

Ante este estado de cosas, el legislador no se ha preocupado por regular este vacío normativo que puede llevar a soluciones político-criminalmente insatisfactorias, por lo tanto, amerita al respecto formular proposiciones destinadas a solucionar dicha problemática. El nuevo Código Procesal Penal promulgado mediante Decreto Legislativo Nº 957 del 29/07/04, a partir de una política criminal orientada a la vigencia material de los derechos fundamentales, establece en su artículo 94 inciso 4, lo siguiente: "Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos catalogados como crímenes internacionales por los Tratados Internacionales, podrán ejercer la representación de las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que su objeto social se vincule directamente con esos intereses y que haya sido inscrita antes de la comisión del hecho punible".

En efecto, esta regulación permite a ciertas asociaciones representar los intereses de un número indeterminado de personas, en los delitos que afectan intereses difusos, esto es, ante bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, como es la "seguridad pública", siempre y cuando estén inscritas como tal en el registro respectivo al momento de la comisión del hecho punible.

# B. La abstención del ejercicio de la acción penal como una facultad discrecional del fiscal

Tal como señalamos al inicio de este punto, los criterios de oportunidad son la plasmación de una facultad discrecional de quien asume la titularidad de la acción

penal, es decir, el agente fiscal no está obligado a promover este mecanismo despenalizador según las facultades legales atribuidas a su ámbito de competencia.

El hecho de que no sea vinculante la aplicación del principio de oportunidad, ha significado que este mecanismo de selección criminal no haya obtenido los frutos esperados. Siendo así las cosas, la aplicación del principio de oportunidad no ha podido contribuir a rebajar sustancialmente la sobrecarga procesal que aqueja nuestros tribunales debido a vacíos normativos, deficiencias operativas y por la inacción de los sujetos procesales a partir de una actitud inquisitorial, pues para el fiscal es más fácil denunciar todo hecho que llegue a su conocimiento, en vez de analizar exhaustivamente si el caso merece ser llevado a los tribunales de justicia por razones de necesidad y de merecimiento.

De tal manera que urge un replanteamiento al respecto, que puede ser conducido a dos planos: 1. Establecer el carácter vinculante del principio de oportunidad para el agente fiscal de conformidad al principio de legalidad<sup>101</sup>; y, 2. Desformalizar el proceso, regulando un trámite menos burocrático y más expeditivo para las partes involucradas, a efectos de propiciar la operatividad práctica del principio de oportunidad.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> La modificación establecida al artículo 2 del CPP por el artículo 3 de la Ley № 28117 del 10/12/03 ha significado un paso importante en este sentido, al prever que en algunos delitos (artículos 122, 185 y 190) antes de formalizar la denuncia penal, el Fiscal citará al imputado y a la víctima para proponerles un acuerdo preparatorio, lo cual implica la promoción del acuerdo consensual a partir de un mandato imperativo de la ley.

# 5.5. La Justicia Negociada en el Nuevo Código Procesal Penal

#### 5.5.1. Generalidades

Lo fundamental para hacer realidad la justicia negociada, propio del derecho penal premial, son dos aspectos: la investigación policíal con control de la Fiscalía y de otro lado, el consentimiento del imputado para concluir el proceso, a través de la aceptación de cargos contenidos en la formalización de la investigación preparatoria; una solución mediante la Justicia Negociada; cuyo espectro es amplio en el nuevo sistema procesal penal.

### 5.5.2. El consentimiento en el principio de oportunidad

El artículo 2 del NCPP, precisa que el Ministerio Público de oficio o a pedido del indiciado puede abstenerse de ejercitar la acción penal siempre que se cumpla ciertos requisitos expresados en la ley (mínima culpabilidad, falta de necesidad de la pena, falta de merecimiento de la pena, y reparación del daño); en cuyo caso la suspensión condicional es una respuesta de carácter sancionatorio a una persona que no ha sido todavía declarada culpable con todas las garantías del debido proceso; por consiguiente el consentimiento del indiciado es el único fundamento de legitimación para esta reacción sancionatoria, por eso adquiere vital importancia que el consentimiento haya sido prestado de modo libre, consciente e informado, con conocimiento de sus efectos y de la renuncia de garantías que ello implica; ello implica pues que el Principio de Oportunidad se cumpla con la irrestricta concurrencia del Abogado y su defensor y el Fiscal que tiene que informar de los efectos y renuncias a los derechos del indiciado.

## 5.5.3. El consentimiento en los acuerdos reparatorios

El artículo 2 del NCPP, vuelve a precisar que independiente de los casos establecidos para el Principio de Oportunidad, proceden los ACUERDOS reparatorios (para determinados delitos, que se cumplan con las limitaciones establecidas en la ley y se repare el daño), nuevamente el consentimiento del indiciado es lo que habilita al Fiscal quien contando solo con las diligencias urgentes e inmediatas, procede a suspender su actividad de persecución del delito, y sin necesidad de formalizar investigación preparatoria procede a dar una respuesta que tiene un carácter sancionatorio, pues la suspensión condicional del procedimiento es una salida alternativa con evidente contenido aflictivo para el imputado aunque mitigado con relación a la pena que hubiere podido corresponderle de ser declarado culpable tras el juicio oral. En el supuesto caso de un acuerdo reparatorio incumplido generará la revocación de la abstención y la promoción de la acción penal, lo que significa una prolongación de los efectos negativos que produce el propio proceso penal; que duda cabe que esto es equivalente a una sanción de carácter punitivo, pero aplicable sin la existencia previa del debido proceso a una persona que debe ser presumida inocente, sin embargo el consentimiento del propio indiciado autoriza al Fiscal a legitimarlo en éste tipo de "sanción" sin proceso judicial.

### 5.5.4. El consentimiento en la terminación anticipada

Este proceso especial solo tiene validez en el consentimiento del imputado, permite que un proceso no llegue al juicio oral y por la aceptación de cargos, referidos al hecho punible, a su calificación, la pena y la reparación civil autorizan

a terminar el proceso en forma definitiva, la negociación es lo estelar en éste proceso y por tanto su alcance es lo más debatido; el Fiscal y el imputado se ponen de acuerdo en los extremos mencionados, uno de ellos, el más crucial es la pena, el Fiscal lleva al juez la pena concreta, y para ello usa los márgenes de la determinación e individualización de la pena concreta que tenga en cada caso, sea leve o grave, la reducción de la pena en los casos previstos, el monto de la reparación civil y su forma de pago; también precisa las penas accesorias y el Juez estará vinculado a éstos acuerdos, solo si considera que la calificación jurídica del hecho punible y la pena a imponer, de conformidad con lo acordado, son razonables y obran elementos de convicción suficientes, en cuyo caso dispone la sentencia aprobatoria del acuerdo, pero se desvinculará y desaprobará los acuerdos cuando éstos no son acordes a la ley, por consiguiente no podrá absolver, sino solo ordenar la continuación del proceso.

### 5.5.5. El consentimiento en las convenciones probatorias

En la etapa intermedia del nuevo proceso penal, se prevé que la Acusación tiene que ir a una Audiencia de Control, allí se debaten varios aspectos, pero también se negocia, uno de ellos, puede ser la aceptación del Juez de las Convenciones Probatorias a que arriben el Fiscal y el acusado o parte civil, respecto a los hechos o los medios probatorios, incluso el Juez de la Investigación Preparatoria dará por acreditados, obviando su actuación probatoria en el juicio; es verdad que el Juez se puede desvincular de los acuerdos de los sujetos procesales, pero se le exige que haga una fundamentación especial, así lo preceptúa el NCPP, en el juicio oral también podrían darse estas convenciones utilizando la norma

contenida en el artículo 362 ordinal 1, máxime que el juez de fallo puede resolver toda cuestión no reglada, esto por su poder discrecional reconocido.

### 5.5.6. El consentimiento en las sentencias de conformidad

En el juicio oral el consentimiento también juega un papel importante en la culminación del proceso por la negociación entre el acusado y el Fiscal, en efecto cuando el Fiscal expone su Teoría del Caso en los alegatos de entrada, es posible que el Acusado debidamente asesorado admita su responsabilidad, en forma total o parcial, si lo es en éste último extremo podrá negociar con el Fiscal la pena o la reparación civil, si se produce el acuerdo, esta vincula al juzgador, quien podrá desvincularse en dos casos: cuando el hecho imputado no constituye delito o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier causa que exima o atenúa la responsabilidad penal, situaciones realmente excepcionales, pues en la etapa intermedia los jueces de la investigación preparatoria sanean el proceso en éstos extremos con el debate intenso que se produce entre el Fiscal y la defensa; el acuerdo sobre la reparación civil no vincula al Juez, quien puede fijar un monto distinto al acordado. Otro tanto mayor podemos hablar del Proceso de Colaboración Eficaz.

En una sociedad globalizada como la nuestra va buscando modos alternativos de solución de conflictos, que sean más flexibles, más informales y menos costosos, como la conciliación y el arbitraje remozados por los decretos legislativos; y en el plano jurídico penal la introducción progresiva de fórmulas negociadas habida cuenta de la crisis del sistema penal inquisitivo, proponiéndose como alternativa la descriminalización, la desjudicialización la diversificación y la negociación; ingresamos por tanto a la institución de "La justicia negociada" con su expresión

más acabada en los procedimientos de *plea bargaining* o de *guilty plea* que se conocen desde hace mucho tiempo en los Estados Unidos y que ciertos autores no dudan en calificar de verdadero contrato; pero que en nuestro medio aquel está debidamente controlado por el órgano jurisdiccional, es el Juez quien procede a *"legalizar"* o no lo acordado, el acuerdo tiene un destinatario: El Juez, quien se desempeña como un verdadero Juez de control de garantías, en el sentido de apreciar si el consenso es razonable no en su concepto subjetivo, sino que el acuerdo es compatible a los principios de legalidad, proporcionalidad, responsabilidad y lesividad enunciados en el Título Preliminar del Código Penal, pues si no lo fueran simplemente desaprobará el acuerdo y ordenará la continuación del proceso.

Finalmente, la justicia consensuada es rentable para todos y se constituye como una herramienta poderosísima para acabar con la Justicia tardía, ineficiente, impredecible, lenta, corrupta en suma que no concede adecuada tutela judicial; por eso sin confundir lo que es la negociación de la justicia con la Justicia Negociada, apostamos por ésta última dado a sus bondades apreciables en los Distritos Judiciales donde está vigente el nuevo Código Procesal Penal. 5.6. Validación de las hipótesis

Luego del proceso de investigación podemos afirmar que la Hipótesis general: "Los acuerdos reparatorios son ineficaces y su grado de aplicabilidad es baja y no están cumpliendo su finalidad de ser solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en el Distrito Judicial de Ancash debido al mal manejo teórico y metodológico del instituto procesal, desconocimiento de los justiciables, resistencia de los abogados,

prevalencia de la cultura conflictivita, al no manejo adecuado los fiscales y la presencia de una normatividad deficiente al respecto", fue validada positivamente ya que los resultaos empíricos nos muestran que la carga procesal haya disminuido y se convierta en una adecuada herramienta de justicia restaurativa.

Así, mismo las hipótesis específicas fueron contrastadas afirmativamente por los siguientes fundamentos:

- "Existe en el ámbito nacional como en el derecho comparado un tratamiento dogmático y jurisprudencial adecuado y que justifican la presencia de los de los acuerdos reparatorios en el marco de la justicia restaurativa y del nuevo modelo de justicia penal adoptado por el NCPP", se sustenta en el desarrollo dogmático que existe en la actualidad sobre la justicia restaurativa como nuevo modelo de resolución de conflictos.
- "Los fiscales del Ministerio Publico vienen otorgando un tratamiento inadecuado e inoportuno al instituto de los acuerdos reparatorios en el marco del nuevo Código Procesal Penal en el ámbito del Distrito Judicial de Ancash, expresándose en su poco eficacia y aplicabilidad, evidenciándose en la poca tasa o estadística que existe al respecto. Y no toman en consideración que en nuestro proceso penal peruano, y latino en general, los criterios de solución anglosajona están cada día ganando terreno en nuestro sistema de justicia penal; por ende, se hace necesario valorar concienzudamente cada uno de ellos, a efectos de no tener inconvenientes jurídicos posteriores.

- "Existe un grado de efectividad mínima en la aplicación del acuerdo reparatorio, arribado entre el indiciado y la víctima; con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa, evidenciándose en su poca o nula incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal, lo cual se evidencia en su cuestionamiento en sede judicial y el hecho que no existe un involucramiento de las prácticas restaurativas, y la falta de consideraciones socio estructurales, es decir, que incluya aspectos presupuestarios y organizativos.
- "La presencia de factores jurídicos y extrajurídicos genera aspectos problemáticos en los acuerdos reparatorios como solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa, lo que trae como consecuencia la aplicación inadecuada y la inejecutividad de los acuerdos reparatorios, lo que se evidencia con que los conflictos penales no han disminuido y consecuentemnte la carga procesal sigue igual o ha aumentado, prevalece en las partes una cultura conflicitvista, lo cual no viabiliza la materialización de la justicia restaurativa.

### VI. CONCLUSIONES

- 1. La Justicia Restaurativa es una nueva teoría de la justicia penal, que resurge ante las contradicciones e inoperancia de la Justicia Retributiva y propone devolver su papel central a la víctima del delito, entendiendo que es necesario reparar el daño personal y social causado con el mismo, el cual no se satisface con la Justicia Ordinaria, donde la víctima se vuelve un instrumento para lograr los fines estatales.
- 2. En la Justicia Restaurativa el concepto "resocializar" implica que el infractor se reconcilie consigo mismo, con su víctima y con la sociedad, se trata de colmar una restitución o restablecimiento no sólo de índole indemnizatorio, sino que asuma un compromiso integral, toda vez que de no ser así bastaría con el simple ejercicio de las acciones civiles, distanciando aún más a la víctima de su papel protagónico en el proceso penal.
- 3. La entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal regido bajo el principio acusatorio- de tendencia garantista y adversarial-, supone una justicia penal más efectiva y garantista, donde los mecanismos de culminación anticipada del proceso penal generados por los conflictos penales-como principio de oportunidad, terminación y culminación anticipada se convierten en un mecanismo esencial para descongestionar la carga procesal y para seleccionar los hechos punibles que ameritan ser alcanzados por una pena.
- 4. Los Acuerdos Reparatorios y demás instrumentos en todos los distritos judiciales donde se viene aplicando el Nuevo Código Procesal Penal es una herramienta del sistema penal acusatorio fundamental para acabar con el retardo procesal y experimentar mayor celeridad, en cualquiera de sus etapas

llámese preprocesal o judicial, esto es, cuando ya se ha formalizado la investigación preparatoria; abarata los costes procesales; a través de él las víctimas recuperan el patrimonio perdido; se evita el conflicto interpersonal entre la víctima y el victimario; se desahogan los tribunales de justicia penal; se evita la impunidad; le permite al victimario evitar un proceso penal con el cual quedará estigmatizado; se le reconoce y se le otorga a la víctima un papel importante dentro del proceso penal.

- 5. De acuerdo a los resultados empíricos obtenidos se ha podido determinar la baja eficacia y grado de aplicabilidad de los acuerdos reparatorios como solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en el Distrito Judicial de Ancash, consecuentemente la concreción o materialización de una justicia eficaz.
- 6. De acuerdo a los resultados empíricos obtenidos se ha podido determinar que el tratamiento que vienen otorgando los fiscales del Ministerio Público al instituto de los acuerdos reparatorios en el marco del nuevo Código Procesal Penal en el ámbito del Distrito Judicial de Ancash, es deficiente y el grado de efectividad en la aplicación del acuerdo reparatorio es bajo, con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa y su directa incidencia en la disminución de la carga procesal en sede penal.
- 7. Dentro de los aspectos problemáticos más resaltantes que presenta los acuerdos reparatorios con relación a la solución de conflictos para lograr una adecuada justicia restaurativa tenemos: el escaso presupuesto con el que cuentan las instituciones involucradas con el sistema de administración de justicia penal,

como son la Policía Nacional, el Ministerio Público, el Poder Judicial y el Ministerio de Justicia; la falta de difusión de las bondades de la nueva legislación procesal a la colectividad, lo que se evidencia con la aún imperante cultura inquisitiva y de litigio, que pone trabas a la cultura del acuerdo y de la paz social; entre otros.

### VII. RECOMENDACIONES

- 1. La justicia restaurativa en combinación con los fines del Derecho penal, podrían ayudarnos a obtener resultados mejores y con toda seguridad, nos permitirían pasar de los textos legales a la realidad de las vivencias de los autores, las víctimas y la comunidad. Las experiencias prácticas realizadas en otros ordenamientos jurídicos deben trasladarse *mutatis mutandis*, considerando las circunstancias sociales, culturales, económicas de nuestro país.
- 2. Es necesario la creación de un Centro de Investigación y Estudio de la Justicia Restaurativa, dirigido por una Organización No Gubernamental, que pueda realizar propuestas de modificación o inclusión de figuras jurídicas, basadas en los fundamentos de la Justicia Restaurativa, así como el estudio y la capacitación en esta teoría de justicia.
- Creación e implementación de una Fiscalía Provincial Penal Corporativa
   Especializada en la aplicación del Principio de Oportunidad y Acuerdos
   Preparatorios.
- 4. Capacitar a los operadores de justicia, en los fundamentos y valores de la Justicia Restaurativa, para evitar confusiones a la hora de utilizar figuras jurídicas, que no encuentran asidero en los principios de Justicia Restaurativa.
- Realizar investigaciones sobre los beneficios de la Justicia Restaurativa, que contribuyan al cambio de mentalidad de los defensores de una justicia represiva.
- 6. Es necesario una mayor concientización de la población respecto a estos mecanismos especiales y simplificados, a fin que conozcan de sus beneficios

- tanto para las partes de un proceso como de la administración de justicia.
- 7. En todos los sistema donde se aplican los Acuerdos Reparatorios, se tendrán resistencia de los justiciables, de los abogados libres y de oficio formados en una cultura confrontacional, antes que una cultura de consenso y armonía; por tanto es una tarea no solo de difusión de la institución, sino que los distintos operadores entiendan que su función primordial es acabar con los conflictos y no perniciosamente mantenerlos, todo lo cual constituye un desafío práctico e institucional, dentro de un nuevo criterio sobre Justicia Restaurativa.

# VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1. ARIAS MADRIGAL Doris María (2005). "Sustitutivos penales con especial referencia a la reparación del daño", Universidad de Alcalá, Barcelona.
- 2. BACH, Katherine (2005). "Justicia Restaurativa: Antecedentes, Significado y Diferencias con la Justicia Penal", Bogotá. Disponible en sitio web: http://www.justicia-restaurativa-colombia.org/pages/article.php?l=es&id=5.
- 3. BARONA VILAR, Silvia y otros (2009). "La Mediación Penal para Adultos", Editorial Tirant lo Blanch, Madrid.
- 4. BINDER, Alberto M (2004). "Justicia Penal y Estado de Derecho", 2da edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires.
- 5. BINDER, Alberto M (2005). "Introducción al Derecho Procesal Penal", 2da edición, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires
- CARNELUTTI, Francesco (2000). "La Prueba Civil", 2da. Edición,
   Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- 7. DE VICENTE REMESAL J. (1997), "La consideración de la víctima a través de la reparación del daño en el derecho penal español: posibilidades actuales y perspectivas de futuro", Editora Bosch, Madrid.
- 8. DIEZ PICAZO, Luis (1996). "fundamentos del Derecho Civil Patrimonial", Editorial Civitas, Vol. I, Madrid.
- 9. DUCE, Mauricio (2000). "La Suspensión Condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal". En: Cuadernos de Trabajo Nº 2, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales.
- 10. DÜNKEL, Frieder (1990). "La conciliación delincuente-víctima y la reparación de daños: desarrollos recientes del derecho penal y de la práctica

- del derecho penal en el derecho comparado", Beristain y De la Cuesta editores, Universidad del País Vasco, Madrid.
- 11. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA. Disponible en sitio web: <a href="http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html">http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/03/00312-enciclopedia-jurida-omeba.html</a>.
- 12. ESER, Albin (1999). "Temas de derecho penal y procesal penal", Editora Idemsa, Lima.
- 13. ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2008). "Acto Jurídico Negocial Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial", Editorial Gaceta Jurídica, Lima.
- 14. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2003). "Tratado de Criminología", 2da edición, Editora Tirant lo Blanch, Valencia.
- 15. HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto y otros (2010). "Metodología de la Investigación", Editorial McGrawHill, México.
- HORVITZ LENNON, María (2002). "Derecho Procesal Penal Chileno",
   Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.
- 17. HURTADO POMA, Juan Rolando (2008). "Ensayos Jurídicos Contemporáneos", Ara Editores, Lima.
- 18. HURTADO POMA, Juan Rolando (2010). "Causas que no permiten una cabal aplicación de los Acuerdos Reparatorios en el distrito judicial de Huaura", Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
- 19. HURTADO POZO, José (2005). "Manual de Derecho Penal Parte General", 3ra. Edición, Editora Jurídica Grijley, Lima.

- 20. JAKOBS, Günther y CANCIO MELIÁ, Manuel (2003). "Derecho penal del enemigo", Editorial Civitas, Madrid.
- 21. JESCHECK, Hans (1981). "Tratado Derecho Penal Parte General", 4ta. Edición, Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Editorial Bosch, Barcelona.
- 22. MAIER, Julio (2001). "¿Es posible todavía la realización del Proceso Penal en el marco de un Estado de derecho?". En: Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales-Un homenaje a Claus Roxin, Marco Lerner Editora, Córdoba.
- 23. MALLMA SOTO, José Carlos. "Principio de Oportunidad versus Principio de la Presunción de Inocencia al respecto del Acuerdo Reparatorio". Disponible en sitio web: http://www.monografias.com/trabajos-pdf/prmcipio-oportunidad-presuncion/principio-oportunidad-presuncion.shtml.
- 24. MAVILA LEÓN, Rosa (2005). "El nuevo sistema procesal penal", Jurista Editores, Lima.
- 25. MCCOLD, Paul y WACHTEL, Ted (2003). "Ponencia presentada en el XIII Congreso Mundial sobre Criminología", Rio de Janeiro-Brasil. Disponible en sitio web: <a href="http://canada.iirp.edu/uploads/article-pdfs/paradigm-span.pdf">http://canada.iirp.edu/uploads/article-pdfs/paradigm-span.pdf</a>.
- 26. MESSMER, Heinz y HANS-UWE, Otto (1992). "Restorative justice on trial: pitfalls and potentials of victim-offender mediation international research perspectives", Editorial Dordrecht, London.
- MONROY GÁLVEZ, Juan (1996). "Introducción al Proceso Civil", Tomo
   I, Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá.

- 28. MONTERO AROCA, Juan (2008). "Proceso Penal y Libertad, Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal", Editorial Thomson Civitas, Madrid.
- 29. ORMAECHEA CHOQUE, Iván (2000). "Manual de Conciliación Procesal y Pre Procesal". En: Revista No 3, Edición Especial, Academia de la Magistratura, Lima.
- 30. ROBLES TREJO, Luis y otros (2012). Fundamentos de la investigación científica y jurídica, Editorial Fecatt, Lima.
- 31. ROXIN, Claus (1992). "La reforma del derecho penal", Trabajos del Seminario Hispano-Germánico, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona.
- 32. SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, María Belén (1997). "La reparación del daño ex delicto: entre la pena privada y la mera compensación", Editora Comares, Madrid.
- 33. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2010). "Aproximación al derecho penal contemporáneo", Editorial B de F, Buenos Aires.
- 34. SOLÍS ESPINOZA, Alejandro (1991). Metodología de la Investigación Jurídico Social, Editorial Edigraf, Lima.
- 35. TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma (2006). "Victimología, Justicia Penal y Justicia Reparadora", Universidad Santo Tomas, Grupo Editorial Ibáñez, Medellín.
- 36. TAMARIT SUMALLA, Joseph Ma. (1994). "La reparación a la víctima en el derecho penal", Editorial Fundació Jaume Callís, Barcelona.
- 37. VAN NESS, Daniel (2006). "Conferencia Presentada en el Primer Congreso de Justicia Restaurativa", San José Costa Rica, Junio.

- 38. VAN NESS, Daniel (2006). "Restoring Justice", Editorial Lexis Nexis, 3ra. Edición, Washington DC USA.
- 39. VÁSQUEZ GONZALES, Magaly (2007). "Derecho Procesal Penal Venezolano", Universidad Católica Andrés Bello, Caracas.
- 40. ZEHR, Howard (1997). "Fundamental Concepts of Restorative Justice", Akron, Pennsylvania Menonite Central Cominitte.
- 41. ZELAYARAN DURAND, Mauro (2000). Metodología de la investigación jurídica, Ediciones Jurídicas, Lima.