

EL ARTÍCULO 12 INCISO 3 DEL CODIGO PROCESAL PENAL: ¿VAMOS HACIA UN DERECHO PENAL REPARADOR?

Augusto Medina Otazu*

I. INTRODUCCIÓN

La historia nos muestra que inicialmente el centro de atención del derecho penal era la víctima y que posteriormente se trasladó al autor del delito, cuando el estado asume el monopolio del *ius puniendi*.¹

Los estudiantes de Derecho, Abogados y Jueces, formados dentro de esa concepción, tienen como una verdad irrefutable considerar a la reparación como elemento accesorio o derivado del proceso penal peruano. Es inconcebible pensar que una vez absuelto el procesado o sobreseído, el Juez Penal se atreva a discutir el tema de la reparación en el mismo proceso. No era posible debatir la reparación cuando la imputación penal (razón principal del proceso) ya no existe. Dentro de esta concepción el elemento central es la imputación penal y la pena; y sólo después de esta calificación y sanción el Juez tenía la potestad de fijar la reparación del agraviado.

* Representante del Colegio de Abogados Penal Internacional en el Perú; miembro de la Comisión de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario del CAL 2005, 2006 y 2007; docente de la Universidad César Vallejo Tarapoto; conferencista en el Centro de Derecho Internacional Humanitario de las Fuerzas Armadas, Expositor en Bogotá - Colombia con ocasión del Congreso organizado por los familiares de las víctimas, con el tema de "Juicios Pendientes de Desaparición Forzada y violación a los DDHH en el Perú", Maestría de Derecho Constitucional en la PUCP y Maestría de Derecho Laboral y Seguridad Social en la Universidad Nacional de San Marcos. Correo electrónico: medinaotazu@yahoo.es.

¹ Etapas del papel de la víctima en el derecho penal. La primera se inició en el Derecho Romano primitivo, continuó en el Derecho germano y se prolongó en cierta forma en el Derecho medieval, constituyendo lo que se ha dado por llamar la "edad de oro" de la víctima. Durante dicho periodo, la reacción frente a la conducta delictiva quedaba siempre a cargo de la víctima o sus cercanos. Esta concepción de un Derecho penal de la "venganza privada" se debe, en cierta forma, a la confusión que en ese entonces existía entre derecho civil y el penal. Posteriormente, al asentarse la idea del Derecho penal como Derecho de carácter público y producirse la monopolización del *ius puniendi* a favor del Estado, se produjo también una más clara distinción entre el Derecho civil y el Derecho penal, concediéndose al Derecho civil la relación indemnizatoria entre delincuente – víctima y al Derecho penal la relación punitiva entre delincuente – estado. Luis Reyna Alfaro. La Víctima en el sistema penal. Editora Jurídica Grijley. Lima 2006, pp. 112 – 113. Por otro lado es importante revisar la Acción Civil en Sede Penal de Luis Félix Costas Ed. Astrea. Argentina 2002, p. 6. En síntesis, tanto el procedimiento civil como el penal tuvieron un origen y desenvolvimiento comunes, requeridos mediante la unitaria acción privada, dentro de un esquema acusatorio que empezó con las legislaciones orientales, tomó forma precisa en Grecia y evolucionó con la legislación romana, para declinar y desaparecer en el Bajo Imperio.

En el presente artículo nuestro interés será analizar los límites del artículo 12 inciso 3 del Código Procesal Penal Peruano, Decreto Legislativo N°. 957 (con *vacatio legis* en muchos lugares del país):

(...)

La sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento **no impedirán** al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la acción civil derivada del hecho punible validamente ejercida cuando proceda.

Parece inconcebible que no existiendo delito la justicia penal se pronuncie por la reparación; pero este concepto es coherente con la idea que la justicia penal debe tener como prioridad la reparación y lograr la paz social y no construir el proceso penal solamente a través de la sanción al delincuente.

Similar adopción también encontramos en el Código Procesal Penal Argentino de 1991 (CPPN) a decir de Roberto G. Loutayf Ranea y Luis Félix Costas, el artículo 16, párrafo 2 del Código Procesal Penal Argentino (CPPN) establecen que ***“La absolució n del procesado no impedirá al tribunal penal pronunciarse sobre la acción civil, en la sentencia”***. Coincidiendo con esta norma, el artículo 402 (CPPN) señala que ***“la sentencia absolutoria ordenara cuando fuere el caso, la libertad del imputado y la cesación de las restricciones impuestas provisionalmente, o la aplicación de medidas de seguridad, o la restitución o, indemnización demandadas”***². Igual criterio tiene Martínez Álvarez para quien la absolució n del acusado no impedirá que el tribunal de juicio se pronuncie sobre la acción civil en la sentencia, ni la ulterior extinció n de la acción penal impedirá que el Superior Tribunal se pronuncie sobre la civil. Continúa el Dr. Martínez el artículo 16, párrafo 2, del CPPN, textualmente habilita al tribunal de juicio a que se expida sobre la acción civil en la sentencia, no obstante ser absuelto el proceso, cuando la pretensió n fue instada por el querellante.³

El presente artículo nos permitirá analizar la reparación desde una óptica de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, donde se ha desarrollado criterios novedosos totalizantes, aplicables a un derecho penal más reparador.

Sin embargo en la jurisdicción nacional todavía existe una óptica más limitada de la reparación como una institució n privativa y con carácter renunciabile,⁴ priorizándose la condena penal como principal objetivo del derecho penal.

² Roberto Loutayf Ranea y Luis Félix La Acción Civil en sede penal. Costa. Edit. Astrea. Buenos Aires 2002, p. 52

³ Martínez Álvarez. Acción civil en el proceso penal. Tomado de Roberto Loutayf Ranea y Luis Félix La Acción Civil en sede penal. Costa. Edit. Astrea. Buenos Aires 2002, p. 53.

⁴ Merece destacar la Ejecutoria Suprema del 7 de julio de 1950 que estableció: **“No obstante haber transado las partes sobre la reparación civil, el Tribunal Correccional en la sentencia no puede dejar de fijar la suma que corresponde por tal concepto, sin subordinar su criterio a la transacción celebrada.** En semejantes casos funciona la compensación. Revista de Jurisprudencia Peruana. Año 1959 p.

Dentro de estas dos posiciones veremos como se abre paso una nueva postura de la reparación en la jurisdicción nacional, a partir de considerar a la reparación desde dos ópticas: La reparación como una pena autónoma similar a la multa y con efectos claros en la persecución criminal, este camino creo que está muy lejos para ser adoptado, pero no por eso realizable. Por otro lado la reparación como un institución autónoma que no tiene porque deber su existencia (en calidad de derivación o subsidiariedad) necesariamente a la acción penal, porque puede también perseguirse la reparación, dentro del proceso penal cuando hay ausencia de delito; esta posición esta mas cerca de la experiencia peruana, aun cuando estamos en los inicios de esa carrera.

En consecuencia es de interés conocer como, se inserta el artículo 12 inciso 3) del Código Procesal Penal dentro de esos dos extremos (la jurisdicción internacional y la jurisdicción nacional) y que perspectivas esperamos de los conceptos de reparación en el Perú.

Trataremos en el presente artículo de llegar a determinar los primeros esbozos de un derecho penal reparador siendo indispensable cambiar la mentalidad de nuestros legisladores, jueces y abogados que únicamente ven en el derecho penal, aplicar castigos o sanciones mediante las distintas penas establecidas en Código Penal y no los diversos mecanismos de la reparación. Esta postura constituye los esbozos de un nuevo derecho penal que podría humanizar nuestro derecho penal y resolver los problemas más urgentes de la sociedad.

Creemos en este camino ya existe muchos intentos hacia esa orientación y que será necesario enriquecerlos.

II. LOS APORTES DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LA CONCEPCIÓN JURÍDICA DE LA REPARACIÓN

La reparación ha sufrido un cambio en su concepción jurídica, por la influencia de la jurisdicción internacional sobre todo de aquella vinculada a los derechos humanos.

El concepto y amplitud de los derechos humanos, han revolucionado todo los campos del derecho en el Perú en estos últimos 20 años. El derecho procesal y el derecho sustancial saben de esta influencia. No hay duda que mucho de estas innovaciones teóricas han recalado en la práctica peruana, gracias al activismo judicial del Tribunal Constitucional (TC) desde su reconstitución y obviamente las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) aportaron sus novedosas teorías.

971. Igualmente la exposición de motivos del Código Penal de 1924 señala: “Es absolutamente necesario **convertir en acción pública** la que se refiere a **la reparación civil**. Es esta la principal innovación introducida por el Proyecto. Tomado de Víctor Prado Saldarriaga. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Gaceta Jurídica. Lima 200, p. 282.

Producto de esta nueva concepción, la reparación amplió sus criterios a otros espacios como aquellos de impedir que queden impunes los crímenes de lesa humanidad por lo que existe una fuerte corriente que cuestiona las amnistías, indultos, etcétera, y hasta pone en crisis principios clásicos como los efectos inmovibles de la cosa juzgada, la aplicación de la ley más benigna, la prescripción de la acción penal por el paso del tiempo, la irretroactividad de la ley penal como consecuencia del principio de legalidad de la cosa juzgada, entre otros.

En el Caso 'Barrios Altos' del 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció fuertes restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal respecto de conductas de violaciones a los derechos humanos.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.

Otro aporte de la jurisdicción de los derechos humanos es el derecho a la Verdad y en ese sentido la Comisión de la Verdad y Reconciliación señaló que: **La reparación de las víctimas es concebida por la CVR como una iniciativa estrechamente relacionada con el esclarecimiento de la verdad, la reconstrucción de la memoria histórica, la aplicación de la justicia y la implementación de las reformas institucionales necesarias para garantizar la no repetición de lo sucedido.** (105)

Respecto de la definición del derecho a la verdad la Corte Interamericana de Derechos en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, considera que: **Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación.** Por lo tanto, da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima.⁵

Vemos también que la Corte impone ciertas obligaciones de reparación al estado peruano, como responsable de la violación, criterios que podrían ser trasplantados también a derecho penal común, cuando se ventila las

⁵ Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004, Fundamento 230. El derecho a la verdad también ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional Peruano.

reparaciones. Como una **reparación de carácter moral**, el Gobierno está en la obligación **de hacer todo esfuerzo posible para localizar e identificar los restos de las víctimas y entregarlos a sus familiares**.⁶

En otro casos la Corte Interamericana ha tratado de minimizar en lo posible los efectos de la violación, por lo que la Corte considera que el **Estado está obligado a reinscribir a la víctima en el correspondiente registro de jubilaciones**, con efecto retroactivo a la fecha en que fue excluida del mismo y **asegurarle el pleno goce de su derecho a la jubilación**, en las condiciones en que lo tenía antes de su detención.⁷

Por otro lado la Corte ha considerado que resulta importante que los altos funcionarios del Estado reconozcan públicamente la responsabilidad del Estado por actos de sus agentes, pidiendo en su representación perdón o disculpas con el propósito de que esos execrables hechos no vuelvan a ocurrir:

Como consecuencia de las violaciones establecidas en el caso sub judice, la Corte considera que el **Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad en relación con los hechos de este caso y de desagravio a las víctimas**. Este acto deberá realizarse **en presencia** de los familiares de las **víctimas** y también deberán participar miembros de **las más altas autoridades del Estado**.⁸

En otro caso se obliga al estado para que publique las sentencias de la Corte Interamericana como un mecanismo de satisfacción a favor de las víctimas y sus familiares:

i) la inclusión en la Resolución Suprema que dispusiera la publicación del acuerdo sobre reparaciones de “una expresión pública de solicitud de perdón a las víctimas por los graves daños causados” y de una ratificación de la voluntad de que no vuelvan a ocurrir hechos de esta naturaleza (punto resolutivo 5.e) de la Sentencia sobre reparaciones de 30 de noviembre de 2001). El Estado no hizo referencia al cumplimiento de estas medidas;⁹

194. Como lo ha dispuesto en otros casos, como medida de satisfacción, ***el Estado deberá publicar en el Diario Oficial y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, el capítulo relativo a los hechos probados de esta Sentencia, sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de***

⁶ Caso Neyra Alegría y otros. Sentencia del 19 de septiembre de 1996, Fundamento 69.

⁷ Caso Loayza Tamayo. Sentencia 27 de noviembre de 1998, Fundamento 114. Caso De la Cruz Flores, Sentencia de 2004.

⁸ Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Fundamento 234.

⁹ Caso Barrios Altos. Sentencia de 17 de noviembre del 2004.

la misma. Para estas publicaciones se fija el plazo de seis meses, a partir de la notificación de la presente Sentencia.¹⁰

También la Corte considera como un mecanismo de reparación obligar al Estado peruano levantar un monumento de recordación en honor de las víctimas: j) (...) *El Estado informó que se coordinó con el Alcalde de Lima el levantamiento de “un monumento recordatorio en honor de las víctimas del caso Barrios Altos” y que se “coordinó” con un artista la elaboración de una “imagen recordatoria” en memoria de las víctimas. Los representantes manifestaron su acuerdo con la decisión del Estado, pero solicitaron que éste precise cuándo se cumplirá con la reparación.*¹¹

No estuvo ajeno el tema educativo en las reparaciones, por lo que la Corte Interamericana dispuso la entrega Becas de estudio para los agraviados, hijos y familiares de las víctimas: *En la Sentencia del caso Gómez Palomino, la Corte Interamericana **ha ordenado, como una de las medidas de reparación, como forma de satisfacción, que se otorguen “medidas de reparación educativa” a los hermanos de la víctima, o, si así lo prefieren, a sus hijos e hijas, incluyendo becas de estudio, de educación primaria, secundaria y superior.** La Corte vinculó dichas medidas de reparación educativa tanto a los padecimientos sufridos por las víctimas indirectas, los familiares del Sr. S. F. Gómez Palomino, en razón de la desaparición forzada de éste, como además acceso a la justicia (párrs. 145 a 148).*

Otra manera ingeniosa de reparar la tenemos cuando la Corte ordena vincular al agraviado con una Universidad para mejorar la cultura de los derechos humanos: 4. **establecer, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, una materia o curso sobre derechos humanos y derecho laboral, que se denomine ‘Cátedra Pedro Huilca’, para honrar la memoria del líder sindical.** Esta materia o curso deberá impartirse todos los años académicos, a partir del año 2005¹²

También existe celebraciones en honor del agraviado en días festivos y vinculados a la labor de la víctima: 5. **asegurar que a partir del año 2005, en la celebración oficial del 1 de mayo (día del trabajo), se recordará y se exaltará la labor del señor Pedro Huilca Tecse en favor del movimiento sindical de Perú**¹³

Puede apreciarse la variedad de mecanismos creativos de reparación que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, basados en el artículo 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos que establece:

¹⁰ Sentencia de la Corte Interamericana Caso Baldeón García Vs. Perú. Del 6 de abril del 2006.

¹¹ Caso Barrios Altos. Sentencia de 17 de noviembre del 2004.

¹² Sentencia de la Corte Interamericana. Caso Pedro Huilca del 3 de marzo del 2005.

¹³ Sentencia de la Corte Interamericana. Caso Pedro Huilca del 3 de marzo del 2005.

*Cuando decida que hubo violación (...) dispondrá asimismo si ello fuera procedente **que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada***

Los márgenes de discreción que tiene la Corte son bastante amplios si los comparamos entre la facultad normativa de la Corte y las decisiones que toma la Corte para disponer las medidas de reparación. Podemos advertir que siendo bastante parco la normatividad del Convenio sin embargo las sentencias de la Corte contienen una facultad bastante amplia y novedosa para considerar los mejores mecanismos de reparación.

Sin embargo veremos que en el Perú los márgenes para resolver sobre la reparación se encuentran ceñidos al principio de legalidad¹⁴ careciendo por lo menos en la gran mayoría, de creatividad en cuanto a las formas y mecanismos de reparación del agraviado.

La normatividad que los vincula a los jueces nacionales se encuentra en el artículo 93 del Código Penal. La reparación comprende:

1. La restitución del bien o si no es posible, el pago de su valor; y
2. La indemnización de los daños y perjuicios.

Con esta atribución tan limitada los Jueces, y con criterios tan apegados al principio de legalidad, poco margen tienen para traspasar esos muros establecidos en la Ley. Consideramos que los Jueces penales pueden abrir mucho más camino si toman en serio el artículo 101 del Código Penal que permite una aplicación del Código Civil. Por ejemplo tenemos una sentencia del Poder Judicial que al respecto puede ilustrarnos de partida que podría *in crescendo* en criterio:

La reparación civil como consecuencia proveniente del hecho punible, busca la repartición del daño ocasionado a la víctima; esta reparación comprende la restitución del bien materia del delito o de su valor y el pago de los daños y perjuicios, la reparación se rige además por las disposiciones del Código Civil, por lo que para determinarla se debe tener en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y el **daño a la persona.**¹⁵

¹⁴ ¹⁴ El Dr. Cesar Landa hace una crítica férrea contra el positivismo jurídico: “El positivismo jurídico ha sido el instrumento ideológico para el ejercicio autocrático del poder, en la medida que no ha sometido al gobernante a la norma, sino la norma al gobernante de turno”. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Palestra. Segunda Edición. Lima 2003, p. 26.

¹⁵ ESU 30.06.97-SPACSJ LIMA tomado de Diálogo con la Jurisprudencia Año 2, Número 16 Octubre 2004. Gaceta Jurídica, p. 26.

Sin embargo aún esta ejecutoria puede ser limitada si tomamos en cuenta las formas de reparación adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que debiera servirnos de referencia. En este aspecto sería importante tomar en cuenta la prédica del Dr. Carlos Fernández Sessarego, un maestro en esta materia que hace una severa invocación a los jueces del país:

El Perú cuenta actualmente con una acertada regulación normativa de los derechos fundamentales de la persona (...) el Poder Judicial no ha de tener ninguna dificultad para proteger a la persona, con efectividad y rapidez, cuando se le amenace o se le lesione en sus derechos fundamentales. **Esta importante tarea del Poder Judicial trasciende el propio articulado de la Constitución Política y del Código Civil, en tanto que el artículo Cuarto de la Primera (sic)¹⁶ obliga a los jueces a tutelar no solo los derechos específicamente normados** en tales cuerpos legales sino cualquiera otro que, relacionado con la persona, se derive de su propia condición de tal, de su especial dignidad.

(...)

Debemos esperar con confianza que, al contar los jueces con un vasto panorama legislativo en lo concerniente a los derechos de la persona, no encontraran vacíos ni oscuridades en la interpretación de textos tan claros y amplios **como sagacidad, tino y lucidez interpretativa en la defensa del valor que representa la persona humana. Aguardamos, en ese sentido, una jurisprudencia creativa e innovadora que enriquezca el aporte de la doctrina y la legislación¹⁷.**

Además los Jueces Penales tienen como amparo para sus sentencias no sólo el Código Penal y la Constitución del Estado sino también todas las Convenios Internacionales ratificados por el Perú e incluso aquellos no ratificados en atención al artículo 3 de la Constitución de 1993, conjuntamente con las sentencias de los organismos internacionales que son de obligatorio cumplimiento jurisprudencial.

En consecuencia es necesario que los jueces consideren a la reparación dentro de una definición más amplia posible y no estrecha como se viene haciendo. Un interesante es lo prescrito por la Ley 28592 - Ley del Programa de Reparación Integral (PIR), donde se considera diferentes planes de reparación en educación, salud, colectivas, simbólicas, promoción y facilitación al acceso habitacional y otros programas.

¹⁶ Seguramente Carlos Fernández Sessarego se refiere al artículo 4 de la Constitución de 1979, que tienen parecida redacción al artículo 3 de la Constitución de 1993: *La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, del principios de soberanía del pueblo, del Estado Social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.*

¹⁷ Carlos Fernández Sessarego. Nuevas Tendencias en el Derecho de las Personas. Primera Edición 1990. Universidad de Lima, p. 296-297.

Por eso tomando a Larrauri Pijoan el concepto de reparación abarca también aquellas medidas que realiza el infractor de contenido simbólico (presentación de disculpas), económico (restitutorio, compensatorio o indemnizatorio) o material (prestación de un servicio) a favor de la víctima (individual o colectiva).¹⁸ También podemos incluir todas aquellas que ha tomado la Corte Interamericana en sus sentencias que brevemente las hemos mencionado líneas arriba.

III. REPARACIÓN CONCEPTOS JURÍDICOS QUE PODEMOS ENCONTRAR

Podemos tener hasta 3 conceptos de reparación en nuestro ordenamiento jurídico:

III. a) LA REPARACIÓN CONCEPTO EMINENTEMENTE CIVIL ENTRE DOS EXTREMOS.

Para el Dr. Cesar San Martín la reparación no tiene porque derivar del delito, catalogándolo como institución propia y distinta al delito y a sus efectos. ***La responsabilidad civil ex delicto, a los efectos de la indemnización, no solo no deriva del delito como daño por el que eventualmente se condena al autor; sino que ni siquiera tiene porque derivar de un delito como infracción, en el sentido de conducta objetiva y subjetivamente típica, antijurídica, culpable y punible.***¹⁹ Esta posición nos parece bastante extremista y la entendemos únicamente porque el autor considera la reparación como una entidad privada en su origen y sus efectos. Distinto al delito que en ambos casos es público, por cuanto no puede ser transado.

Para el Dr. Castillo Alva²⁰ la reparación puede o no ser discutida en el proceso penal; estará ausente si el agraviado no decide constituirse en parte civil sin importar la gravedad del delito ocasionado a la persona, familia, sociedad o al estado. ***Desde el punto de vista procesal el único mecanismo por el que el agraviado, con el daño derivado del delito puede obtener legitimidad para discutir todo lo concerniente a la reparación civil, restitución e indemnización de daños y perjuicios que aspira obtener es constituyéndose en parte civil. De otro modo por más derechos que se posea o por más grave que sea el daño no puede dentro del proceso penal, buscar una justa equitativa reparación (...).*** Bajo este esquema el proceso

¹⁸ Tomado de Víctor Prado Saldarriaga. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Gaceta Jurídica. Lima 2000, p. 277.

¹⁹ Cesar San Martín. Derecho Procesal Penal Segunda Edición. I. Segunda Edición 2003. Grijley, p. 338.

²⁰ Jorge Luis Castillo Alva. Es necesario constituirse en parte civil en la fase de ejecución de la sentencia que fija la reparación civil. Breves reflexiones sobre la parte civil. Dialogo con la Jurisprudencia N°. 88, Lima 2006. p. 30.

penal no tiene por objeto la reparación y lo que le interesa es básica y fundamentalmente la punición del autor del delito. El Juez Penal cerrara los ojos ante la gravedad de los efectos del delito, si es que el agraviado no decide incorporar en el proceso penal su pretensión de reparación. Para el Dr. Castillo la reparación ***puede cubrir sus expectativas de resarcimiento en la vía civil o a través de una conciliación o una transacción extrajudicial respecto a la especie, monto y características de la indemnización del daño.*** Puede apreciarse en este criterio la descripción de la reparación en su aspecto privativo, facultad de disposición y renunciabile, por cuanto quién puede transar obviamente tiene que tener la facultad de renunciar a sus derechos.

Mario Vásquez Vásquez²¹ señala que el objetivo de discutir la reparación en la vía penal ***obedece a la necesidad de preservar el principio de la unidad de la jurisdicción que rechaza la posibilidad de admitir fallos contradictorios sobre un mismo hecho (...)*** La discusión de la reparación en la vía penal tiene objetivos prácticos mas que abonar en pro de objetivos del derecho penal por lo que ***no integra el sistema represivo del delito permaneciendo en la esfera del derecho privado.*** Nuevamente entonces se observa el carácter privado de la reparación por lo que pueden ***transar antes o durante el proceso como cualquier derecho de naturaleza civil, lo que no sucede respecto de las sanciones penales en general, respecto de las cuales el agraviado no tiene disposición.*** Entonces el agraviado puede disponer de la reparación por ser privada y no constituye un nuevo fin de la pena; lo que no ocurre con el delito donde el agraviado no tiene esa potestad, correspondiendo al Estado su persecución y castigo.
Para el Dr. Fernando de Trazegnies^{22 23} la reparación debatida en el proceso penal ***debía resolver este punto de acuerdo con las disposiciones civiles***

²¹ Marilio Vásquez Vásquez. Delito y Responsabilidad Civil. Actualidad Jurídica. Tomo 134- Enero 2005. Gaceta Jurídica, p. 110

²²En Fernando De Trazegnies. La Responsabilidad Extra Contractual Vol. IV, Tomo I Fondo Editorial PUCP. Cuarta Edición. Lima 1990, p. 126-127: (...) Una jurisprudencia dudosa. (...) por razones que no han sido suficientemente explicadas, la jurisprudencia de al Corte Suprema (...) ha rechazado la acción civil para reclamar la indemnización derivada de los hechos dolosos, considerando que debía ser reclamada como parte civil en la vía penal. Puede verse, como ejemplo , la Ejecutoria Suprema del 15 de mayo de 1978 que declara "que la responsabilidad extracontractual tiene por objeto procurarse la indemnización de lo daños y perjuicios ocasionados por descuido, imprudencia o negligencia, que para el resarcimiento del daño irrogado a la víctima de un delito, existe el instituto de la reparación civil que debe perseguirse en la vía respectiva y sólo respecto al delito por negligencia, al agraviado corresponde el derecho de decidir si la reclama dentro de proceso penal, constituyéndose en parte civil, o en acción aparte; que tratándose de daño material o moral ocasionado por un acto voluntario o doloso cuyo juzgamiento corresponde al fuero penal, solo cabe perseguirse el pago de la reparación civil conjuntamente con la pena en el respectivo juicio penal." En el mismo sentido, la Ejecutoria del 12 de septiembre de 1978 declara que "la vía civil no es competente para obtener resarcimiento del daño causado por el delito doloso, son únicamente y como excepción de aquellos derivados de las infracciones por negligencia. Y como ésas podríamos mencionar muchas otras

sobre responsabilidad extracontractual para los efectos de establecer la responsabilidad y el monto de la reparación de la cosa y de la indemnización por el perjuicio material o moral. La reparación debe ser resuelta únicamente con las normas civiles y para estos efectos las normas penales deben ser ajenas; en consecuencia la **inocencia penal del causante no lo libera automáticamente de la responsabilidad civil, sino que éste tiene que ser evaluada con criterios civilistas.** Pero nos parece interesante la forma de abordar el tema civil de la reparación por el Dr. De Trazegnies porque **la responsabilidad civil cubre una hipótesis más amplia que la responsabilidad penal, ya que no sólo comprende los daños resultantes de delito, sino también aquellos que se derivan de descuido e imprudencia no delictual, así como los que deben ser resarcidos sin culpa, como los ocasionados mediante bienes o actividades riesgosas. Por consiguiente, puede haberse establecido en el juicio penal correspondiente que no hay delito, pero esto no significa que no haya obligación civil de pagar una indemnización.** Plantea que el agraviado tendría mayor beneficio discutir su pretensión en la vía civil que en la vía penal, considerando que su discusión en el proceso penal sería bastante estrecha y limitada. Es clara la inclinación sobre la naturaleza eminentemente civilista de la reparación.

En Dialogo con la Jurisprudencia de Gaceta Jurídica²⁴ considera que **cuando se constituye en parte civil, el agraviado podrá solicitar una indemnización, fijando un monto que cubra los daños causados por el delito. Si no lo hace, se debe entender que el monto es el solicitado por el Ministerio Público.** Resulta incongruente que el Ministerio Público, entidad del estado, interesado en la acción pública de la investigación del delito y siendo titular de la percusión del mismo, asuma una función de competencia privada del agraviado, cuando éste no lo hace en la vía penal. Sin embargo **Sala Penal no podrá otorgar una reparación civil mayor a lo solicitado por el Fiscal y el agraviado. De hacerlo atentaría contra el principio de congruencia procesal.** La reparación puede ser incorporado en el proceso penal por el Fiscal o por el agraviado **En efecto, al ser la reparación civil, derivada del delito, una pretensión de naturaleza civil, la actuación de la Sala está regulada supletoriamente por los principios procesales contenidos en el Código Procesal Civil. Por ello una vez que la parte civil o el Ministerio Público fijan el monto de reparación civil, la Sala no podrá ordenar el pago de un monto mayor, pues si lo hace estaríamos ante un fallo extra petita por haber excedido el petitorio.** La facultad que se le concede al Ministerio Público para tratar el tema de la reparación, le esta vedado al Juez Penal que no tiene otra opción que tratar la reparación como un asunto netamente privado. Un Juez Penal resolviendo con normas únicamente de carácter civil.

Ejecutorias del mismo período, como la de 15 de agosto de 1978 o también la Ejecutoria Suprema del 4 de agosto de 1978

²³ Fernando De Trazegnies. La Responsabilidad Extra Contractual Vol. IV, Tomo I Fondo Editorial PUCP. Cuarta Edición. Lima 1990, p. 129-130.

²⁴ Dialogo con la Jurisprudencia N°, 92 mayo 2006 año 11, p. 234.

Una ejecutoria de la Sala Civil de la Corte Suprema²⁵ señala ***La reparación civil constituye una consecuencia jurídica del delito que persigue reparar el daño causado a la víctima por un sujeto que ha cometido un ilícito penal en su agravio, de lo que se evidencia que (...) la reparación debe ser equivalente al daño o perjuicio acarreado a la víctima, a diferencia de la pena que se mide en relación a la gravedad del hecho*** (...) el daño y la reparación tienen una relación de causa a efecto, así como la gravedad del hecho lo es con respecto al delito; entonces bajo esta perspectiva el origen de la reparación y del delito son distintos y por lo tanto su tratamiento debe merecer igual atención. Lo civil para la reparación y lo penal para el delito.

La jurisprudencia del Poder Judicial²⁶ indica que ***la reparación civil no constituye parte integrante de la pena desde que su pago no se encuentra condicionado al plazo de duración de la ejecución de la pena o al de su prescripción***. La reparación y la pena son dos cosas distintas; la primera es privada y la segunda es pública. Una vez que se ha determinado el monto de la reparación queda desvinculada del proceso penal por lo que el pago de la reparación prescribe en momentos distintos al de la ejecución de la pena. Entonces si bien ***la pena y la reparación deben fijarse de manera conjunta al momento de la expedición de la respectiva sentencia condenatoria, sin que se desprenda de su texto que la segunda forme parte de la primera***. Pena y reparación son institutos separados y la reparación no tiene ningún efecto en la pena, ni la pena necesita de la reparación para su efectividad y su vinculación es pragmática, más que cualitativa.

Un delito cometido merece una pena, como un daño ocasionado genera una reparación. Es así que para la jurisprudencia del Poder Judicial²⁷ ***la pena debe imponerse en atención a las circunstancias y gravedad del delito materia del juzgamiento y por otro lado, la reparación civil (en)(...) proporción con el daño ocasionado***. Se intenta como aprecia separar pena y reparación como si se tratara del agua y del aceite, cuanto más lejos estén, es mejor y menos dolores de cabeza. Es así que ni siquiera es necesario que exista vinculación entre la gravedad del hecho y el daño ocasionado, es decir si hacemos una ilustración meramente teórica podríamos encontrarnos con delito sancionados con una pena de 20 años y con una reparación civil de S/. 100.00 nuevos soles, lo que nos debería llamar la atención.

Por otro lado la jurisprudencia del Poder Judicial²⁸ también indica que la reparación debe formar parte de toda sentencia penal, (no de la pena) ***por lo***

²⁵ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema. Cas. 1139-98 del 26.02.1999

²⁶ Sentencia de la Sala Permanente. RN. 338 – 2004 Huánuco, del 21.09.04. Transcrita en Modernas tendencias dogmáticas en la Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema. Constante Ávalos Rodríguez. Primera Edición. Perú. Julio del 2005. p. 213.

²⁷ Ejecutoria del 24.10.98 Exp. 559-88 Junín.

²⁸ Ejecutoria suprema del 25 de julio del 2000. Exp. 1070-98. Huanuco. (Cesar San Martín. Derecho Procesal Penal Segunda Edición. I. Segunda Edición 2003. Grijley. p. 336).

que si se omite fijar la reparación civil la sentencia es nula. Cuanto mas lejos de identificar reparación con pena mejor, así lo entiende el Poder Judicial.

Lo resuelto en la jurisdicción penal²⁹ **impide cualquier acción que pudiera derivarse del hecho materia del juzgamiento, empero, procede en la vía civil contra el obligado no comprendido en aquella vía.** Constituye cosa juzgada lo determinado en la vía penal contra los obligados de la reparación, pudiendo ser debatido nuevamente en otra vía como la civil, pero deja abierta la posibilidad de ser debatida en vía civil contra aquellos que no fueron convocados en la vía penal.

III. b) LA REPARACION COMO ENTE AUTONOMO EN EL PROCESO PENAL

Otro concepto que podríamos abordar es la Reparación como un concepto del derecho penal, por cuanto su discusión siempre va estar presente en un proceso penal. El Juez debe pronunciarse por la pena y la reparación, ambas instituciones que tienen similar categoría y ninguno esta subordinado al otro, más bien existe una relación de coordinación. La Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C 228 del 03.04.2002, expediente D-3672 señala que las motivaciones de la victima son: **el derecho a la verdad; el derecho que se haga justicia o sea que no haya impunidad y finalmente el derecho a la reparación**³⁰.

En esa orientación encontramos al Dr. Raúl Peña Cabrera³¹ para quién **la consecuencia de un delito, no es tan solo la pena, sino la obligación de reparar, en lo posible, el daño y los perjuicios causados.** En este caso pena y reparación si tiene vinculación, siendo ineficaz si el derecho penal se dedicará únicamente a la pena y no a la reparación. **El resarcimiento social de interés violado, no quedaría completo si se limitase tan solo a la pena aplicable. La reparación y el delito sirven para un mismo fin, en ese sentido la obligación de indemnizar (...) sirven para el mismo fin que las penas, coinciden con ellas en sus efectos mediatos y generales (...).** Para el Dr. Peña Cabrera, **la pena debe causar una herida, mientras que la reparación, debe curar otra, si es posible sin causar una segunda.** La pena se aplica al autor del delito y la reparación al que agraviado, una sanciona y otra repara, pero ambos abonan en el mismo fin dentro del proceso penal, entonces la reparación no es una institución ajena en el derecho penal.

²⁹ Ejecutoria Suprema. Exp. 1268.88. T. 177, p. 276. Recogida de Jurisprudencia Peruana. Elaborado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial. Normas Legales. Lima1994, p. 22.

³⁰ La sentencia colombiana es recogida de: Félix Ramírez Sánchez. El Redescubrimiento del Tercero Civilmente responsable en los Delitos de Abuso de Autoridad. Dialogo con la Jurisprudencia N°. 91, p. 196

³¹ Raúl Peña Cabrera. Tratado de Derecho Penal. Volumen I, Parte General. Lima, Perú, pp. 459- 460.

La prescripción de la acción de reparación tiene vinculación con la prescripción de la persecución del delito. Es así que para Luis Gustavo Guillermo Bringas³², es necesario favorecer el plazo prescriptorio la reparación proveniente del delito, situación que no ocurre cuando no proviene del delito. (...) **la acción civil resarcitoria derivada del hecho punible prescribe en el mismo plazo que la acción penal, dependiendo del caso concreto, siempre y cuando éste sea mayor a dos años; en caso que el plazo de prescripción del delito sea menor, será de aplicación el plazo previsto por la ley civil.** La reparación de un hecho delictuoso debe ser favorecida con mayores plazos para su reclamo, si los plazos del derecho penal son mayores que el civil se optara por el primero y si fuera al contrario por el segundo. Existe un favoritismo de parte del estado para su reclamo, por lo que considero que este hecho muestra un tinte de carácter público no sólo en su origen sino también en su reclamo, que dista un tanto de su carácter meramente civilista, privatista y renunciable.

La jurisprudencia del Poder Judicial³³ ha considerado que no se requiere la constitución de parte civil para el reclamo de la reparación civil, por cuanto si se ha **declarado judicialmente el derecho indemnizatorio (...) no puede limitarse y menos, exigirse al agraviado que con anterioridad se haya constituido en parte civil, pues ello vulneraría el derecho constitucional a la tutela jurisdiccional, que garantiza el acceso a los tribunales a toda persona en resguardo de su derecho e intereses legítimos.** El Juez Penal puede pronunciarse por la reparación sin que el agraviado se haya constituido en parte civil o sea sin que haya incorporado su pretensión en el proceso penal, ahí se aprecia que como los principios constitucionales (tutela jurisdiccional) pone limitaciones al principio de legalidad (normas procesales penales).

El Tribunal Constitucional³⁴ considera que para gozar de ciertos beneficios penitenciarios es preciso que el autor del delito **previamente (...) pague la reparación civil**, por cuanto existe una conexión entre **gravedad del delito cometido (...) y la necesidad de reparar los daños que se derivan como consecuencia de ello (...)**. Delito y reparación tienen una vinculación indisoluble por cuanto tienen el mismo origen. La gravedad del hecho genera en la sociedad genera dos consecuencias; por un lado dada la necesidad de preservar una convivencia pacífica el parlamento considera este acto como delictual y por otro en esa misma gravedad apreciada por el estado se requiere una adecuada reparación por la configuración manifiesta en la norma penal.

III. c). LA REPARACION COMO MECANISMOS SUPERIOR A LA PENA

³² Luis Gustavo Guillermo Bringas. La reparación civil derivada del delito: Prescripción de la acción resarcitoria. Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 5. N°. 25 marzo 2003, p 111.

³³ Sentencia RN N°. 1538-2005. Lima.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º 7724-2005-PHC/TC CUSCO. VALQUI CAHUAZA del 17.10.05 suscrita por los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli.

Finalmente, tenemos la reparación como una institución integral en donde la pena es una parte de la reparación. La Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que aún cuando una sentencia condenatoria, puede constituir en sí misma una forma de reparación y satisfacción moral, en el presente caso, ésta no sería suficiente dada la específica gravedad de la violación al derecho a la vida y al sufrimiento moral causado a las víctimas y sus familias, las cuales deben ser indemnizadas conforme a la equidad.³⁵

La reparación tiende también a luchar contra la impunidad. En este aspecto la Corte ha tenido una posición determinante que incluso va más allá de la Corte Europea de Derechos Humanos. El Estado debe investigar efectivamente las violaciones de los derechos humanos, con el fin de identificar, juzgar y sancionar a todos los autores intelectuales y demás responsables de la misma; al respecto la Corte señaló,

*El Estado debe investigar efectivamente las violaciones de los derechos humanos, con el fin **de identificar, juzgar y sancionar** a todos los autores intelectuales y demás responsables de la detención, torturas, y ejecución extrajudicial de Rafael Samuel y Emilio Moisés Gómez Paquiyauri. A tal efecto, **deberá adoptar todas las medidas judiciales y administrativas** necesarias con el fin de **reabrir la investigación** por los hechos del presente caso y **localizar, juzgar y sancionar** al o los autores intelectuales de los mismos.*³⁶

Esta posición de la Corte exigiendo al Estado peruano reabrir las investigaciones constituyen mecanismos de reparación que van a favor de los agraviados y en segundo lugar del propio estado.

Solari Brumana recogiendo la versión de Carrara señala que la obligación de la reparación civil se cumple cuando se da la indemnización a la parte lesionada, y la obligación de la reparación social queda cumplida cuando se expía la pena, que es de indemnización dada a la sociedad por la perturbación que le causa el delito.³⁷

Según José Luis Castillo, el principal argumento de las reparaciones ligadas al derecho penal se alude a una función reparadora del derecho penal, la cual se basaría en el restablecimiento del derecho lesionado, en la reparación del daño, en los efectos del crimen y en la pronta satisfacción de las expectativas (defraudadas) de la víctima. Asimismo, se alude a una siempre válida respuesta político – criminal que haría más ventajoso, incluir en el derecho penal esta clase de responsabilidad civil. Pues la lucha contra el delito se

³⁵ Caso Neyra Alegría y otros. Sentencia del 19 de septiembre de 1996 fundamento 56.

³⁶ Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. fundamento 231

³⁷ Tomado de Roberto Loutayf Ranea y Luis Félix, señalan que La Acción Civil en sede penal. Costa. Edit. Astrea. Buenos Aires 2002, p. 13.

realizará más racionalmente si se regulan con criterio unitario, como diversos medios a utilizar, las distintas consecuencias del mismo, que no son respuestas independientes unas de otras. La consideración de la reparación como perteneciente al campo del ordenamiento jurídico penal tendría la ventaja de facilitar la realización de los fines preventivos del derecho penal, complementando, reforzando o en algunos casos sustituyendo la aplicación de una pena o medidas de seguridad. Una oportuna reparación sería más exitosa y generaría mayor confianza en las normas que cualquier otra clase de penas, la cual, a veces lejos de amenguar el conflicto producido por el delito lo agudiza.³⁸

Carlos Rivera miembro del Instituto de Defensa Legal³⁹, considera que la reparación tiene como objetivo luchar contra la impunidad, traspasando los criterios privatistas de la reparación para permitir efectos dentro del derecho publico. *La Ley N° 27770⁴⁰ **estableció un nuevo parámetro en cuanto al pago de la reparación civil en delitos de corrupción de funcionarios, señalando los términos en los que el condenado está obligado a cancelar el íntegro de la reparación civil impuesta por el juez. (...) nos debe obligar a pensar en la urgente necesidad de ampliar el ámbito de aplicación de este modelo hacia otros delitos comunes, como un medio para superar una evidente situación de impunidad frente a quienes han sido víctimas de un delito.***

La reparación no tiene un origen y efecto civil y privado, sino va más allá de esa escasa apreciación. Para Carlos Sueiro *la (...) la Naturaleza Jurídica de la Reparación del Daño, estaría concebida Inter disciplinariamente por todas las ramas constitutivas e integradoras del Derecho Penal.*⁴¹

IV. POSICIÓN DEL PRESENTE ARTÍCULO

El presente trabajo se inscribe dentro de los dos últimos conceptos. La reparación como un ente autónomo y luego la reparación como un mecanismo encaminado a lograr un derecho penal reparador mas que exclusivamente

³⁸ José Luis Castillo Alva. Las consecuencias jurídicas económicas del delito. IDEMSA Perú. abril 2001, pp. 73-74.

³⁹ Obtenida de su pagina <http://www.idl.org.pe> del 26.05.05

⁴⁰ La Ley 27770, artículo 4), impone restricciones para la semilibertad y libertad condicional de los condenados por los delitos de concusión, peculado, corrupción de funcionarios y asociación ilícita, para que previamente a gozar de estos beneficios puedan pagar el íntegro de la reparación civil.

⁴¹ Dr. Carlos Christian Sueiro La naturaleza jurídica de la reparación del daño desde una perspectiva penológica, criminológica, dogmática, procesalista y político criminal. <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/reparacion.doc>

sancionador. La legislación penal peruana⁴² tiene algunas limitaciones en esa orientación.

Sin embargo la propuesta pretende considerar a la reparación en su origen y en sus efectos la característica de pública y que las limitaciones a su carácter

⁴² El actual Código Penal en su artículo 100 prescribe: *La acción civil **derivada** del hecho punible no se extingue mientras subsista la acción penal.*

La reparación civil resulta una derivación del hecho punible. Según el Diccionario Larousse (1990) DERIVADA significa: *“dícese del producto que se obtiene de otro”*. Es claro entonces que la reparación civil deriva del hecho delictual; no habiendo delito no hay ninguna derivación. Dentro de este criterio no existe autonomía de la reparación respecto del hecho delictual, en consecuencia analizada la ausencia del delito en el proceso penal no tiene otra materia que debatir. Incluso ocurre casos en que existe delito pero no puede producirse daño como en los delitos de peligro abstracto. El Dr. Cesar San Martín, considera que el delito solo originará el ejercicio de la acción civil en la medida que produzca daño, presentando dificultades cuando se trata de delitos de imperfecta realización o de delitos formales de peligro abstracto. Cesar San Martín. Derecho Procesal Penal. Grijley. Segunda Edición octubre 2003, p. 337.

Artículo 54 del Código de Procedimientos Penales señala: *El agraviado, sus ascendientes (...) pueden constituirse en parte civil.*

Dentro del proceso penal, puede debatirse la reparación, si así lo determina el agraviado. La palabra PUEDEN es un condicional o posibilidad, lo que le otorga a la reparación una categoría jurídica, eminentemente privatista. Incluso puede no ser parte ni del proceso penal ni del proceso civil, con lo que la reparación quedaría sin ser resuelto en una clara impunidad, como queda seguramente la gran mayoría de casos en el Perú.

El artículo 57 inciso 2, señala: *La actividad de la parte civil comprenderá la **colaboración con el esclarecimiento del hecho delictivo y de la intervención en el de su autor o partícipe, así como acreditar la reparación civil. No le esta permitido pedir o referirse a la sanción penal.***

Este artículo tiene una relación con el artículo 100 del Código Penal, en el sentido que la reparación civil deriva del delito, por lo que el agraviado tendrá como objetivo colaborar en esclarecer el hecho delictivo y la participación de sus autor; y solamente cuando eso ocurra estará habilitado para discutir la reparación en el proceso penal.

Dentro de este esquema el agraviado participa en el Proceso Penal, como "action civile" a efectos que en una sentencia judicial que pone fin al proceso penal no sólo se pronuncie sobre la pretensión punitiva del Estado, sino también sobre la indemnización. En ese sentido la sentencia, en el extremo que resuelve la indemnización, esta prestada en el proceso penal, por lo que para algunos éste esquema se sustenta en puras razones de economía procesal tendientes a evitar el denominado "peregrinaje de jurisdicciones". (<http://www.indret.com/cas/artdet.php?ed=29&Idioma=cas&IdArticulo=188#uno>. Jesús María Silva Sánchez. Aspectos de la llamada "responsabilidad civil" en el proceso penal.) Es decir por economía procesal el Juez puede resolver la condena judicial y la reparación conjuntamente.

Bajo este esquema, el agraviado debe probar que el autor ha cometido un delito, con lo que quedara habilitado para solicitar la reparación civil. Es una clara relación de dependencia, o de derivación. Si no se prueba el delito no se puede luego discutir la reparación.

privado y renunciable están cuestionadas por los principios de los derechos humanos que proscriben la renuncia de los mismos. Los derechos humanos y la protección internacional de la persona son una conquista irrenunciable de la humanidad. En este sentido, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, los Estados asumen el compromiso integral de respeto de los derechos que emanadas de los instrumentos internacionales. Comprende, las medidas de cualquier naturaleza que deben adoptar los órganos del Estado: legislativos, ejecutivos, judiciales, ministerios públicos, autoridades electorales, defensorías del pueblo, etc.

A su vez porque es un mecanismo eficaz para recomponer las grietas de la sociedad, principal causante de la espiral delictual. La reparación entonces no podemos reducirla a su carácter meramente civilista por cuanto ha quedado en evidencia que la reparación tiene efectos dentro del derecho penal. Poseería un efecto resocializador, pues obliga al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a aprender a conocer los intereses legítimos de la víctima, pudiendo ser experimentado por aquel, a menudo más que la pena, como algo necesario y justo.⁴³ Por lo que un Juez Penal debe abordarla desde una óptica más amplia si no quiere ser considera un mero Juez comisionado de la judicatura civil.

La escuela positiva afirma que la reparación del daño provocado por el delito debe ser considerada no solo como una obligación del delincuente hacia la persona damnificada, sino también como una obligación integraba de la sanción pública, y que puede llegar a sustituir las penas privativas de libertad en caso de delitos leves cometidos por delincuentes ocasionales. Se entiende de tal manera que el estado debe asistir tanto al interés directo del perjudicado cuanto al indirecto de la defensa social.⁴⁴

Ferri señala que No se diga que la reparación civil no es una responsabilidad penal, porque no ya diferencia real alguna entre el pago de una suma a título de multa y el pago a título de reparación; pero, sobre todo, es un error separar de una manera demasiado radical los medios civiles de los medios penales, puesto que concurren juntos a la defensa de la sociedad e impiden determinadas acciones perjudiciales o peligrosas. El principio clásico de que la reparación de los daños causados por el delito es una obligación puramente civil y privada del delincuente, y de que aquella debe estar, por consiguiente completamente separado de la condena penal, ha conducido al olvido de la reparación en la práctica judicial. La separación tal ilógicas entre el derecho penal y el civil, ha ocurrido que los penalistas no se han ocupado de las reparaciones de los daños, y la han dejado a la competencia de los teóricos del derecho civil. Estos, a su vez la han abandonado, en el caso del delito y por las

⁴³ José Luis Castillo Alva. Las consecuencias jurídica económicas del delito. IDEMSA Perú. abril 2001, p. 75.

⁴⁴ Roberto Loutayf Ranea y Luis Félix, señalan que La Acción Civil en sede penal. Costa. Edit. Astrea. Buenos Aires 2002, p. 15.

garantías prácticas del procedimiento, al considerarla como un accesorio de poca importancia que compete más bien a los teóricos del derecho penal.⁴⁵

Para Ferri la teoría de la pena en el positivismo italiano llega a incorporar la reparación del daño causado a la pena misma. De esta manera, la reparación resarcitoria, clásicamente del derecho civil, facultativa y de acción privada, pasa a ser propia del derecho penal obligatoria y de acción pública. La reparación es una consecuencia necesaria del delito a la que el estado tiene que proveer, sin esperar la actividad procesal de la víctima.⁴⁶

Silva considera que la reparación tiene funciones preventivo generales positiva o integradora y la especial, como criterio de resocialización a través de la responsabilidad por el hecho y con la primera, señala que la reparación puede expresar, ciertamente, en determinados casos, el reconocimiento y consiguiente estabilización de la norma vulnerada suficientemente para producir el efecto de confianza de la colectiva en el funcionamiento del ordenamiento jurídico.⁴⁷

De igual manera Roxin considera que la reparación constituye una tercera vía, pero esta tercera vía, consiste en una prevención general positiva o de integración, siendo una forma de aquella, en vista al efecto de satisfacción que se alcanza cuando la comunidad percibe que se ha eliminado la perturbación social ocasionado por el delito. Considera que este aspecto como la restauración de la paz jurídica le corresponde a la reparación una tarea que ni la pena y la medida de seguridad pueden cumplir de igual forma. Ello es así porque con el castigo del delincuente la perturbación social que ha ocasionado no desaparece, en modo alguno, mientras que persista el perjuicio de la víctima. Agrega que sólo cuando ésta haya sido repuesta en sus derechos dentro de lo posible, dirán ella misma y la comunidad que el conflicto social ha sido resuelto correctamente y que el delito puede considerarse como eliminado.⁴⁸

⁴⁵ Ferri. Sociología Criminal. T. II, mencionado en Roberto Loutayf Ranea y Luis Félix, señalan que La Acción Civil en sede penal. Costa. Edit. Astrea. Buenos Aires 2002, p. 15.

⁴⁶ Ferri. Sociología Criminal. T. II, mencionado en Roberto Loutayf Ranea y Luis Félix, señalan que La Acción Civil en sede penal. Costa. Edit. Astrea. Buenos Aires 2002, p. 16.

⁴⁷ Jesús María Silva Sánchez. Sobre la relevancia jurídico penal. Tomado de La reparación Civil del Delito. Revista de Jurisprudencia. Año 5, N°. 25, Marzo 2003, p. 19.

⁴⁸ Claus Roxin. La reparación en el sistema jurídico penal de sanciones. Tomado de Enrique Ocrospoma Pella. Reparación Penal. La reparación Civil del Delito. Revista de Jurisprudencia. Año 5, N°. 25, Marzo 2003, p. 19.

El mismo Roxin considera que cuando no sabemos si podemos ayudar al delincuente mediante el Derecho Penal, en el sentido de una resocialización, deberíamos por lo menos, auxiliar a la víctima. Ya esto constituiría un avance frente al Derecho Penal anterior, circunscrito a la penas y medias.⁴⁹

Mir Puig considera que la naturaleza jurídica de la reparación civil distingue entre un punto de vista conceptual y un punto de vista político criminal, decantándose por este último sin dejar de notar, empero, las razones de carácter formal que asisten al criterio conceptual. Posteriormente matiza su criterio considerando a la responsabilidad desde el prisma de los intereses de la política criminal como un arma civil a utilizar en el tratamiento del delito.⁵⁰

Heike Jung considera que la aceptación de una diferencia esencial entre la pena y resarcimiento del daño ha obstaculizado hasta ahora su acción concertada en el sistema general del control social. Una separación de esta clase, rígida, del derecho penal del derecho civil, no puede, empero mantener.⁵¹

También podemos sustentar alguno de los beneficios de la reparación los expresado por Mery Robles Briceño con los mismos argumentos que se hace para la Multa:

La multa se muestra como un instrumento totalmente compatible con los fines que debe perseguir toda pena criminal (...) la garantía básica de la determinación judicial de la pena, con la culpabilidad del sujeto en el hecho criminal.

La finalidad preventiva general es satisfecha en razón de que su imposición afecta uno de los bienes más preciados **en nuestra consumista sociedad** contemporánea, el **patrimonio**.

(...) **conserva su valor preventivo especial** en el aspecto al que se le reconoce mayor importancia, la interdicción de las sanciones resocializadoras, **en lo que incluso aventaja a las penas privativas de libertad**, puesto que se evita el contagio carcelario y los otros efectos nocivos que esta sanción acompaña, **sus efectos estigmatizadores son menores**, pues apenas se genera, además, el condenado no se ve alejado de su entorno familiar ni de la actividad que le proporciona los medios necesarios para subsistir.

⁴⁹ José Luis Castillo Alva. Las consecuencias jurídica económicas del delito. IDEMSA Perú. abril 2001, p. 75.

⁵⁰ José Luis Castillo Alva. Las consecuencias jurídica económicas del delito. IDEMSA Perú. abril 2001, pp. 73-74.

⁵¹ Tomado de Tomas Aladino Gálvez Villegas. La reparación civil en el Proceso Penal. IDEMSA Lima 1999, p. 66.

Estos criterios no son pacíficos⁵², sin embargo es necesario ir en esa ruta que nos parece es la mejor para el derecho penal, incluso por una posición pragmática sino nos atenemos la situación en que se encuentra el sistema penitenciario en el Perú, totalmente colapsado.

IV. LA JURISPRUDENCIA NACIONAL: DIFERENCIAS ENTRE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL PODER JUDICIAL

IV. a). POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Para el Tribunal Constitucional Peruano la reparación discutida en la vía penal difiere en su naturaleza a la reparación discutida en la vía civil, por lo que es interesante esta aproximación dentro de una posición de un derecho penal reparador.

El I Tribunal Constitucional en Pleno Jurisdiccional, ha establecido:

“(…) cumplir con resarcir los daños ocasionados por el delito no constituye una obligación de orden civil, sino que es una verdadera condición de la ejecución de la sanción penal” (Caso Jorge Eduardo Reátegui Navarrete, Exp. N.º 2982-2003-HC/TC). (...) porque el origen de la obligación de pago se afianza en el ámbito penal, sede en que se condenó a la beneficiaria imponiéndosele como condena el reparar el daño ocasionado por el delito.⁵³

⁵² Sin embargo Víctor Prado Saldarriaga considera que los intentos contemporáneos por convertir a la reparación en una nueva modalidad de sanción penal. Esto es, en la tercera (o cuarta) vía, la naturaleza y finalidad que ella posee no resultan compatibles con el carácter público y represivo que tiene la pena. Por tanto su utilización como mecanismo de solución del conflicto o como vía inmediata de atención a la víctima del delito, no puede enervar su carácter eminentemente privado. (Víctor Prado Saldarriaga. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Gaceta Jurídica. Lima 2000, p. 279.)

De igual manera Gálvez Villegas considera que la reparación civil no puede configurar bajo ningún supuesto una sanción jurídica penal, ya que se sustenta en un interés particular, tiene naturaleza distinta de la pena y por ningún motivo puede cumplir las funciones de ésta. (Tomas Aladino Gálvez Villegas. La reparación civil en el Proceso Penal. IDEMSA Lima 1999, p. 69)

Carlos Creus refiere que el hecho de la inserción de la acción civil en el proceso penal, nada dice contra el carácter privado de la pretensión que por medio de ella se hace valer. Esa inserción no cambia el carácter de la acción civil que, desde el punto de vista de la pretensión que la alienta, sigue siendo civil y privada. En otras palabras la acción resarcitoria no integra el sistema represivo del delito, permanece en la esfera privada. Tomas Aladino Gálvez Villegas. La reparación civil en el Proceso Penal. IDEMSA Lima 1999, p. 63

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N.º. 7361-2005-PHC/TC. Lima. Jacqueline Antonieta. Beltrán Ortega. 17.10.05. Es necesario advertir que esta sentencia esta suscrita en Pleno Jurisdiccional por los 6 Magistrados: Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda, García Toma, Vergara Gotelli y Landa Arroyo.

Similar criterio se encuentra en las sentencias del Tribunal Constitucional expediente. N.º 1428-2002-HC/TC.; en la Sentencia del expediente N.º 2982-2003-HC/TC., y en otras mas siendo pacífica esta posición dentro la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

De todas ellas podemos advertir que el Tribunal Constitucional pretende hacer una distinción. La reparación civil como instituto, tiene una naturaleza jurídica distinta cuando es requerido en la vía penal y en la civil.

La única manera de entender el criterio del Tribunal Constitucional es que la reparación cumple en la vía penal, funciones preventivas generales de carácter positivas así como funciones de resocialización del delincuente.

IV. b). POSICIÓN DEL PODER JUDICIAL

Un comportamiento disímil asume en este aspecto el Poder Judicial. El Acuerdo N.º. 5/99 del 20 de noviembre de 1999, del Pleno Jurisdiccional de los Vocales Superiores integrantes de las Salas Superiores en lo Penal de los Distritos Judiciales de la Republica, en su Tercer Considerando señala:

*Para el Poder Judicial, la **reparación tiene una connotación exclusivamente civil**, y que **su tratamiento en el proceso penal se deriva se sustenta esencialmente en razones de economía procesal**, dado que si ésta posibilidad no se le diera al Juez Penal, tendría que constituirse por cada proceso penal un proceso civil para que se ventile el tema de la indemnización, lo que resultaría inmanejable.*

La posición del Poder Judicial, considera que la reparación civil (*action civile*) esta incluida dentro del proceso penal únicamente por razones de economía procesal, por lo tanto no tiene ninguna diferencia en la naturaleza jurídica de la reparación si esta es discutida en la vía penal o en la vía civil.

El Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema N.º 6-2006/CJ-116 del 13.10.06 ha señalado:

7. (...) Así las cosas, se tiene que el fundamento de **la responsabilidad civil**, que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente **no puede identificarse con 'ofensa penal'** –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente- **[la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción /daño, es distinta]**; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos.

Puede apreciarse que hay una interpretación normativa distinta, tanto del Tribunal Constitucional como del Poder Judicial. Ante esa posición disímil de varias interpretaciones de organismos autónomos constitucionales, nos

atenemos al lo establecido por el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional: *Los Jueces interpretan y aplican las leyes... los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.*

En consecuencia asumiendo la posición del Tribunal Constitucional debemos encontrar en sus fallos que la reparación tiene efectos que contribuyen al derecho penal y no le es ajena esta materia a la reparación.

V. RELACION DE BIENES JURÍDICOS Y REPARACION

En el Perú, nuestros criterios doctrinarios y legislativos han bebido con mayor intensidad las teorías del bien jurídico ya que es inconcebible que exista una sanción penal sin que previamente exista una vulneración de un bien jurídico protegido por el ordenamiento. En el caso penal sólo estará garantizado aquellos bienes que trastocan gravemente la convivencia social, dejando para otras ramas del derecho cuando la vulneración es de otra calidad de agravio.

Es importante ingresar a una relación entre la vulneración del bien jurídico protegido por el derecho penal con el daño causado; por cuanto en esa medida podemos establecer la magnitud de la reparación. Existe una relación indisoluble entre los bienes protegidos por el ordenamiento penal y los daños causados por la violación.

Podemos recoger un c solo criterio de este ejemplo de la relación de los bienes jurídicos y reparación y su real vinculación. Veamos el artículo 108 inciso 2 del Código Penal: ***Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de 15 años el que mata a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 2) para facilitar u ocultar otro delito.*** Si comparamos con el artículo 189 último párrafo referido al robo: ***La pena será de cadena perpetua cuando el agente (...) como consecuencia del hecho se produce la muerte de la víctima.*** El primer artículo el núcleo es matar (el bien jurídico es vida) y en el segundo es robar (el bien jurídico es propiedad). De acuerdo a la Constitución Política del Estado artículo 1: *La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.*

Si la persona humana tiene una mayor protección en todos los niveles del ordenamiento jurídico, porque cuando se trata de custodiar el bien jurídico propiedad (en el tipo de robo gravado) se protege con mayor penalidad que el bien jurídico vida (Homicidio calificado).

En consecuencia es necesario que los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal tengan una escala de protección según el estado de derecho. La norma en si misma no puede convertirse en un bien jurídico, si es que no tiene un basamento sobre el bien jurídico cubre su manto de protección. Entonces la tesis normativista puede ser interesante en sus planteamientos pero no satisface las necesidades del ordenamiento peruano, porque ya hemos tenido

una experiencia negativa cuando el legislador penaliza actos sin ningún sustento. La materialidad el principio de legalidad no se satisface con la formalidad (dictadas directamente o mediante habilitación por el Congreso de la República) sino señalando en base al esquema constitucional y del estado de derecho, que bienes de importancia requieren protección por el ordenamiento penal. En otras palabras la norma no es un fin en si mismo sino un medio para una convivencia pacifica.

Detrás de este conflicto normativo existen dos tesis que pueden servir para recusarlos o para respaldarlos. La tesis del bien jurídico⁵⁴ respaldada por Roxin nos permite recurrar esta contradicción, sin embargo la tesis normativista⁵⁵ de por otro ilustre autor como es Gunther Jakobs, podría

⁵⁴ Para Claus Roxin en un estado democrático de Derecho, modelo teórico de estado (...) las normas jurídico – penales deben perseguir solamente como objetivo asegurar a los ciudadanos una coexistencia pacifica y libre bajo la garantía de todos los derechos humanos (...) Sobre la base de las reflexiones anteriores se puede definir los bienes jurídicos como circunstancias reales dadas o finalidades necesarias para una vida segura y libre, que garantice todos los derechos humanos y civiles de cada uno en la sociedad o para el funcionamiento de un sistema estatal que se basa en estos objetivos. (...). El concepto de bien jurídico (...) es también un concepto de bien jurídico crítico con la legislación en la medida en que pretende mostrarle al legislador las fronteras de una punición legítima. Él se diferencia así del denominado concepto metódico de un bien jurídico. Según el cual como bien jurídico únicamente se debe entender el fin de las normas, la *ratio legis*. Este concepto de bien jurídico debe ser rechazado pues no aporta nada que vaya más allá del reconocido principio de interpretación teleológica. Claus Roxin. La protección de bienes jurídicos como misión del derecho penal. Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales N°. 5, Grijley. Lima. 2004, pp. 292-293.

⁵⁵ Para Jakobs, **El Derecho Penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos** (...) el derecho es la estructura de la relación entre personas, que a su vez pueden representantes como titulares de determinados roles; la determinación del comportamiento no permitido a través de diversos institutos de la así llamada teoría de la imputación objetiva (....) La teoría **del Derecho Penal como protección de la vigencia de la norma** demuestra su validez especialmente en la teoría de los fines de la pena: el hecho es una lesión de la vigencia de la norma, la pena es su eliminación. Gunther Jakobs. ¿Qué protege el Derecho Penal: Bienes Jurídicos o la vigencia de la norma? Revista de Ciencias Penales N°. 1. Editorial Grijley, p. 155, 156, 169 y 170.

Si el cometido del Derecho Penal fuera el de procurar la protección de bienes jurídicos, se trataría de un instrumento muy poco adecuado a los fines perseguidos. **Por ellos parece más razonable ubicar el cometido del Derecho penal en aquel campo en el que algo puede lograr; en el de la garantía de la vigencia de la norma que es cuestionada por el hecho delictivo.** Si se pretende comprender el hecho como cuestionamiento, no sólo ha de tener un efecto externo, son que debe, corresponderle un significado (...) **la teoría de la imputación objetiva** emprende **la tarea de formular reglas** para determinar qué es lo que significa un hecho. Esto sucede de tal modo que la retícula de la causalidad es remodelada **un orden basado en la competencia de las personas intervinientes**. Gunther Jakobs Imputación Objetiva del Derecho Penal. 1era. Reimpresión 2001. Grijley. Perú, p. 9.

respaldarlo por cuanto lo que se protege es básicamente la normatividad o el ordenamiento jurídico. En el Perú por ejemplo nos acercamos a las teorías normativistas cuando regulamos los delitos de peligro abstracto.⁵⁶ Sin embargo cuando las tesis normativistas ampliar sus horizontes es muy peligroso,⁵⁷ por cuanto se agrava las penas sin que exista un bien jurídico tutelado.

Al respecto debemos considerar para el dictado de la Ley Penal determinados criterios esbozados por la Corte Interamericana en su Opinión Consultiva:

29. *El requisito según la cual **las leyes** han de ser dictadas por razones de interés general significa que **deben haber sido adoptadas en función del " bien común "** (art. 32.2), concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, **cuyo fin principal es " la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad"**,⁵⁸*

⁵⁶ Un claro ejemplo de esta afirmación es lo dispuesto por el Acuerdo Plenario del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema N° 6-2006/CJ-116 del 13.10.06, donde para sustentar la vigencia de los delitos de peligro abstracto se recurre a las tesis normativistas del respeto del ordenamiento jurídico, en si y por si:

9. **Los delitos de peligro** – (...) no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en peligro de sufrir la lesión que se quiere evitar **[el peligro es un concepto de naturaleza normativa en cuanto a que su objeto de referencia es un bien jurídico,** aunque su fundamento, además de normativo, también se basa en una regla de experiencia o de frecuente que es, a su vez, sintetizada en un tipo legal], **sea cuando se requiere realmente la posibilidad de la lesión –peligro concreto- o cuando según la experiencia general representa en sí misma un peligro para el objeto protegido –peligro abstracto-**

10. A partir de lo expuesto (...) **en los delitos de peligro (...) se produce una alteración del ordenamiento jurídico** con entidad suficiente, según los casos, para ocasionar daños civiles, sobre el que obviamente incide el interés tutelado por la norma penal (...) (subrayado nuestro)

⁵⁷ Esta parte merece destacar que las tesis de Gunther Jakobs han logrado asentarse en la praxis judicial del país, fundamentalmente en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Las más connotadas son las sentencias de los casos del taxista (R.N. N°. 4166-99, Lima 07/03/99) y al que se le ha denominado Rock en Río (R. N. 4288-97 Ancash 13/04/98) entre otras. En ellas la Corte Suprema ha resuelto sobre la prohibición de regreso, el principio de confianza, competencia de la víctima, el riesgo permitido, etc.

Es nuestro parecer la teoría de la imputación objetiva tiene una enorme valía para identificar la responsabilidad del autor y en este aspecto el derecho penal asumió interesante desarrollo ante las limitaciones del análisis principalmente asentado sobre el dolo (responsabilidad subjetiva), cuya observación interior es muy limitada para los jueces.

⁵⁸ Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la expresión Leyes. Del 9 de mayo de 1986. <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>

En consecuencia la Ley debe tener un correlato no sólo con la Constitución sino también con los tratados referidos a los derechos humanos. Dentro de esa consonancia también se inscribe la protección de la reparación. El Estado no tendrá mecanismos de protección a favor de la reparación si es que no se hace una correcta escala de valores de protección. En un sistema capitalista y patrimonial podría preferirse la protección de la propiedad por encima de la vida del ser humano, lo cual no corresponde a la realidad jurídica del estado de derecho. Hemos visto como es que la Corte Interamericana tiene un clara favoritismo e interés particular por proteger los derechos humanos de las personas y en especial la vida.

La tesis del bien jurídico tiene un respaldo normativo (artículo VI del Título Preliminar del Código Penal) sin embargo la tesis normativista esta recusada. La teoría de la vigencia de la norma⁵⁹ como principal mecanismo del derecho penal puede traer consecuencias nefastas por cuanto, el principio de legalidad ha caído en desuso y hasta esta cuestionado el principio de constitucionalidad, como garantía del estado de derecho por cuanto muchas veces la vulneraciones a los derechos humanos pueden provenir de estas normas supremas; por lo que siempre se esta vigilante que las normas constitucionales no vulneren por ejemplo los tratados de derechos humanos suscritos por el Perú. El gobierno pretendió ampliar las causales de la Penal de Muerte que contiene el artículo 140 de la Constitución, sin embargo fue un intento fallido

⁵⁹ En una posición extrema del normativismo y a partir del derrumbe de las dos torres gemelas de Estados Unidos, Jakobs planteó el Derecho Penal del Enemigo que esta recusado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del Expediente 003-2005-PI/TC del 09.08.06 : 16. *Por ello, la política de persecución criminal **de un Estado constitucional democrático no puede distinguir entre un Derecho penal de los ciudadanos y un Derecho penal del enemigo**; es decir, un Derecho penal que distinga, en cuanto a las garantías penales y los fines de las penas aplicables, entre ciudadanos que delinquen incidentalmente y desde su status en tanto tales, **de aquellos otros que delinquen en tanto se ubican extramuros del Derecho en general y son, por ello, considerados ya no ciudadanos sino más bien enemigos**. Para los primeros son aplicables los fines constitucionales de las penas antes aludidas, mientras que para los segundos, no cabe otra alternativa más que su total eliminación. (...)*

17. (...) **el Derecho penal constitucional (...) debe responder eficazmente, dentro del marco constitucional establecido, frente a la afectación de los bienes constitucionales** –que también el Estado constitucional de Derecho tiene la obligación de proteger– aplicando el principio de proporcionalidad de las penas y respetando las garantías constitucionales del proceso penal y buscando, siempre, la concretización de la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (...) **la ejecución de política de persecución criminal del Estado se debe realizar, necesariamente, respetando los principios y valores constitucionales así como los derechos fundamentales de las personas**. Precisamente, la superioridad moral y ética de la democracia constitucional radica en que ésta es respetuosa de la vida y de los demás derechos fundamentales, y en que en su seno las ideas no se imponen con la violencia, la destrucción o el asesinato. El Estado de Derecho no se puede rebajar al mismo nivel de quienes lo detestan y, con sus actos malsanos, pretenden subvertirlo.

porque la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica” impedía ampliar estos márgenes de sanción; la Pena de Muerte debe ser mas restringida en su aplicación, rechazando cualquier intento que pretende ampliarlo las vigentes antes de la suscripción del Tratado, porque genera una inflación legislativa punitiva sin criterios sólidos.

Queda claro que existe una relación íntima de tutela y protección del derecho penal sobre los bienes jurídicos; cuando se produce una afectación o amenaza de un bien jurídico se habilita la reparación civil. En consecuencia entre el derecho penal y la reparación civil existe una interconexión necesaria para los objetivos del derecho penal. Un hecho tendrá mayor gravedad cuanto tenga un mayor impacto en el bien jurídico y obviamente cuanto mayor daño ocasione al bien jurídico. Una aproximación entre bien jurídico y reparación, esta en que medida se impacta el bien jurídico debería propenderse a una reparación que permita amortiguar al máximo la afectación. Es así que consideramos que siempre que hay delito hay afectación de bienes jurídicos y como lógica consecuencia queda habilitada la reparación.

En consecuencia el derecho penal tendrá como objeto la protección de los bienes jurídicos y según la gravedad del mismo podemos establecer los grados de reparación.

Puede apreciarse que ahí la reparación tiene una connotación pública, por cuanto toca al estado garantizar que la todos los bienes jurídicos que sean afectados deben merecer una atención primordial del estado para vivir en paz.

Es así que el estado ubica los bienes jurídicos necesarios para una convivencia pacífica, luego garantiza su existencia y además garantiza su reparación cuando estos son vulnerados. Toda esta trama si no está bien interrelacionada no nos dará una visión clara de los objetivos del derecho penal.

En el Perú ya se tomo partido por la tesis del bien jurídico. Así el artículo IV del Código Penal, principio de lesividad señala: *“La pena necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”*.

El Tribunal Constitucional ha señalado también que:

241. (...) conforme a los fines que cumple la pena en un **Estado Constitucional de Derecho, (...) sanciona la afectación de bienes jurídicos** tutelados en la ley penal. Por tanto, el Tribunal considera que el medio empleado por el legislador penal contribuye con la protección de los bienes constitucionalmente protegidos que se buscan garantizar (...)⁶⁰.

La Corte Suprema contiene similar criterio:

⁶⁰ Sentencia del Expediente 003-2005-PI/TC del 09.08.06

Para **la configuración de un delito se requiere necesariamente la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado** por el ordenamiento penal, siendo esta consecuencia requisito sine qua non, para la imposición de una pena, al no existir la posibilidad de imponer una acción sin la verificación del mismo.⁶¹

Así como otra sentencia:

La reparación civil se rige por el principio del daño causado, **cuya unidad procesal – civil y penal – protege el bien jurídico** en su totalidad, así como a la víctima.⁶²

La reparación debe comprender a la justicia, al respecto el profesor Etxeberría, señala en una entrevista:

*Hay una memoria que es una memoria judicial que imputa responsabilidades. Por consiguiente, en la vida pública el perdón imputa las responsabilidades debidas, discierne si ha habido responsabilidades o no. La primera parte de la memoria es la memoria que se construye con el proceso judicial, y la segunda es la que se construye con el análisis social, que pasa a ser la historia del país, que pasa a ser uno de los elementos de la socialización de las identidades del país. Tenemos que trabajar por elaborar una memoria auténtica de lo que en realidad sucedió, de lo que nos pasó. (..) Percibimos a veces una necesidad de olvido por lo traumático de la experiencia... de un olvido sin verdad y reparación, sin perdón... En definitiva, si nos preguntamos si el olvido es mejor que la memoria, lo ideal es decir: una memoria adecuada es siempre mejor que el olvido. Entonces, hay que tratar de impulsar esa memoria; ésa sería la opción ética.*⁶³

VI. CONCLUSIONES

1. La naturaleza jurídica de la reparación cuando se discute en el proceso penal tiene una categoría distinta cuando la misma reparación es debatida en el proceso civil. Su carácter público se hace presente aun cuando muchos lo nieguen.
2. La reparación debatida en el proceso penal, de acuerdo al ordenamiento peruano contiene elementos que integra el sistema represivo del delito,

⁶¹ Exp. 1796-96Gonzales Gómez Mendoza. Jurisprudencia Penal Tomo IV Rhodas, p. 505.

⁶² Sentencia expediente 1180-99 Lambayeque del 13 de mayo del 99. tomado de La revista de Jurisprudencia N°. 25 año 5, marzo del 2003 volumen XX, p. 30.

⁶³ Conversación con Xabier Etxeberría Mauleón. Vasco, filósofo, profesor de la Universidad de Deusto en Bilbao. Perdón, memoria y justicia. <http://www.idl.org.pe/idlrev/revistas/132/pag85.htm>.

por cuanto impide ejercer los beneficios penitenciarios si es que no se ha cumplido con el pago de la reparación civil, tal como lo demuestra las sentencias del Tribunal Constitucional.

3. Esta manera de abordar el tema saca de su aspecto privativo y eminentemente civilista, para colocarlo en su área pública y hasta en camino a convertirse en una pena autónoma tan igual como la multa, por cuanto beben casi del mismo criterio.
4. La pena de reparación permitirá a los jueces penales ser creativos para resolver una de los grandes problemas del Poder Judicial que es su eficacia en la recomposición de los delitos, reparar adecuadamente a los agraviados, con lo cual logrará una mayor legitimidad social el órgano jurisdiccional, tan venido a menos.
5. Los Jueces Penales deben de manejar los conceptos jurídicos de la reparación con los criterios del derecho penal y del derecho civil, tratando de beber los mejores avances de la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera en esas materias. Este es un reto para el Juez Penal a efectos que acoja los inicios de un derecho penal reparador.
6. Es necesario que el Juez Penal relacione los bienes jurídicos garantizados por el ordenamiento jurídico y en base a ello establezca la gravedad del bien jurídico atacado y vele porque la reparación corresponde a esa escala de valores. Separar el delito de la reparación considero que ha sido un equivoco, porque no se trata de separarlos y aplicarles normas distintas, sino mas bien darle un tratamiento similar. Ya se ha visto como la reparación puede tener connotaciones mayores que incluso puede acoger en su seno a la pena, como una forma de reparar la sociedad.
7. Muchas veces se indica que la reparación no tiene ningún efecto dentro del derecho penal y que si se tramita dentro del proceso penal es por economía procesal. Este criterio nos parece erróneo y que más bien la reparación abona mucho dentro del objetivo del derecho penal siendo incluso más importante que la propia sanción contra el autor del delito, especialmente en caso de delitos menores. Porque como ya vimos el bien jurídico es elemento central del derecho que sirve dentro de un estado de derecho y como tal importará más la reparación del mismo para que no se ahonde más el daño y la eficacia del derecho en la sociedad. La lucha contra la impunidad es un lucha continúa y permanente del estado y dada la urgencia del mismo queda claro que la reparación tiene una urgencia y atención de parte del estado.
8. Muchas veces los abogados indican que es mejor pretender la reparación en la vía civil que en la vía penal por cuanto los jueces penales son mezquinos a la hora de fijar los montos de la reparación civil. Consideramos que los fundamentos jurídicos del Juez Penal para fijar la

reparación civil debe ser incluso mas amplios que el propio Juez Civil por cuanto el Juez Penal debe advertir que la reparación civil tiene efectos criminógenos adicionales que va favorecer el derecho penal, incluido los propios fundamentos del derecho civil moderno (La corte Interamericana aporta en esa orientación) a los que no debe rehuir a la hora de la sentencia penal.

9. Se lograra oxigenar al sistema penitenciario por lo menos de aquellos delitos menores, haciendo que los Jueces sean más creativos a la hora de fijar las reparaciones y que no sean resueltas con un criterio patrimonial, como hemos podido observar en las sentencias de la Corte Interamericana.
10. El artículo 12 inciso 3 del Código Procesal Penal Peruano, va claramente orientado hacia un derecho penal reparador, es claro ese camino, nos toca ir abordado el siguiente recorrido y no estropearlo ni ofuscarlo.