

PROF. JOSÉ MALAGUERA/CRIM. NELSON GARRIDO. JUSTICIA PENAL ALTERNATIVA (REPARATORIA). BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS. 183-206. REVISTA CENIPEC. 28. 2009. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. JOSÉ MALAGUERA
CRIM. NELSON GARRIDO

JUSTICIA PENAL ALTERNATIVA (REPARATORIA)
BREVE ANÁLISIS DE ALGUNOS SISTEMAS LATINOAMERICANOS.

Recepción: 10/12/2008.

Aceptación: 19/02/2009.

Justice pénale alternative (réparatrice). Une brève analyse de quelques systèmes latino-américains.

Résumé

La justice est un des piliers fondamentaux de la démocratie et ceux qui ont la charge de l'appliquer doivent le faire en se pliant au droit et en observant le respect pour la dignité humaine. Aujourd'hui, avec la crise des institutions, des voies alternatives ont été proposées pour combler les deux paramètres indiqués. L'article ci-dessous aborde la problématique relative à la description critique de l'une de ces alternatives en matière pénale : la justice réparatrice.

Mots clefs: justice, réparation, droits de l'homme, système pénal, Amérique Latine.

Justiça penal alternativa (reparatória). Breve análise de alguns sistemas latino americanos.

Resumo

A justiça é um dos pilares fundamentais da democracia, e aqueles encarregados de aplicá-la, devem fazê-lo de acordo com o direito e observando o respeito pela dignidade humana. Hoje, com as instituições em crise, tem se proposto vias alternativas que preenchem os dois parâmetros assinalados. O presente artigo propõe a descrição crítica de uma dessas alternativas em matéria penal: A justiça reparatória.

Palavras chave: justiça, reparação, direitos humanos, sistema penal, Latino América.

Introducción*.

Señala Bobbio (1996) que la justicia es uno de los pilares y fundamentos que permiten la construcción y el ejercicio de una verdadera democracia. Este valor así señalado es sumamente amplio por lo que, antes de avanzar deben hacerse algunas precisiones para establecer cuál es el elemento central que sobre la justicia acoge este trabajo. La idea de justicia está relacionada con la aplicación igualitaria de normas, sean cual fueren ellas, y éstas, a su vez, deben tener la capacidad de regular las relación entre las personas o las instituciones. El fundamento de este principio va en dos direcciones discutibles: una, natural porque se piensa que hay un consenso sobre lo bueno y lo malo y, la segunda, formal porque cuando alguien aplica las normas debe hacerlo, teóricamente, bajo una óptica imparcial.

Esta postura no es la única que existe sobre la justicia por lo que podrían mencionarse diferentes enfoques sobre el tema. En este sentido podrían citarse los aportes hechos por algunos representantes de la filosofía griega o los pensadores del siglo XVII, así como por la corriente utilitarista o el movimiento de la ilustración. Pero estos pensadores no son los únicos que han opinado sobre la justicia pues existen otros autores que han discernido sobre ella. Basta con mencionar algunos trabajos del siglo XX, ya con la figura del Estado constituida en casi todo el mundo. Así Bobbio (1996) indica que la justicia es un valor y un fin, más que una virtud subjetiva, para cuyo logro los individuos recurren a una técnica que permite la convivencia y que suele denominarse en muchos espacios “Derecho”.

Otros elementos dentro de esta discusión son los problemas de aplicación de la norma y realización de la justicia. Para esto último las políticas públicas utilizan diferentes factores dentro de los que se encuentra la política criminal. Esta última se vale, entre otras cosas, de subsistemas entre los cuales encontramos a la administración de justicia penal.

La administración de justicia penal a su vez se encuentra conformada por arietes que le dan vida y que permiten el ejercicio formal y el control del ius

* Investigación financiada por el Consejo de Desarrollo Humanista, Científico y Tecnológico (CDCHT) de la Universidad de los Andes. Mérida. Venezuela.

puniendi. Según Carranza (1992) ésta se ocupa de la aplicación regulada de la legislación penal y todas las implicaciones (juicios, tribunales) en relación al funcionamiento del sistema penitenciario así como del seguimiento post penitenciario. La política criminal ocupa también la justicia penal de niños y adolescentes, así como algunas formas de resolución de conflictos contemplados en el proceso y en la ejecución penal, incluyendo aquellas denominadas alternativas a la pena privativa de libertad.

En este punto es importante destacar que un Estado respetuoso del Derecho debe contar con un proceso penal acorde con las corrientes jurídico penales actuales. Es así que hoy, en el siglo XXI, el Estado social, democrático y de Derecho debe fungir como un guardián celoso y respetuoso de los Derechos fundamentales de las personas, aún de aquellas a las que se les sigue un proceso penal. El proceso penal, en un Estado social, democrático y de Derecho se presenta con diversas funciones y/o características entre las que pueden mencionarse las siguientes: la protección del derecho a la libertad de los sospechosos, respeto de los derechos de las víctimas, rehabilitación del imputado a través de medidas alternativas a la prisión, entre otros, Varona (1998).

De aquí se desprende, en parte, la importancia que reviste el proceso penal en una sociedad democrática abierta al diálogo, la discusión de las ideas y la resolución pacífica de sus conflictos. Varona (1998), confirma que es en el proceso penal donde se puede brindar la reparación del daño a la víctima, lo que resulta lógico a la luz de los intereses tanto del victimario (para evitar la cárcel) como de la víctima (procurar que el daño que le han generado sea resarcido). Hoy en día pudiera señalarse que la justicia penal vive una crisis y que ello se ha percibido desde hace cierto tiempo en muchas partes del mundo. Por ejemplo, Carranza (1992) al hacer un estudio en Latinoamérica en los años '80, señala que existe un notable desequilibrio entre los recursos asignados a los subsistemas policial, judicial y penitenciario, que prioriza los recursos fundamentalmente al sector policial.

Otro ejemplo de esta crisis latinoamericana se evidenció en Bolivia, donde los comunicados de prensa de 2004 de Amnistía Internacional, advierten claramente la angustia que sufrían miles de bolivianos a causa de la falta de diligencia de los tribunales en este país. El comunicado de prensa de 2006 de

esta misma instancia, aplicado al caso de México, advierte la necesidad de que en ese país se aplicara una justicia penal apegada a Derecho y que respetara los Tratados, Pactos y Convenciones de protección a los Derechos Humanos, debido a la gran cantidad de denuncias en las cuales se constató la vulneración de tales Instrumentos Internacionales por parte de agentes del Estado.

Otros fenómenos observables en el contexto latinoamericano son la poca credibilidad que existe, por parte de la población, en las instancias encargadas de solventar los problemas sociales y conflictos, entre otras. En Venezuela pueden mencionarse algunas características de esta crisis de justicia a la cual se ha hecho alusión en líneas anteriores. Según PROVEA (2007) el tema carcelario en Venezuela suele ser llamativo en el país. Esta organización señala que en los centros de reclusión venezolanos se cometen 36 veces más homicidios que en los centros penitenciarios de Brasil, Argentina, México y Colombia juntas, de hecho en Venezuela por cada mil presos se cometen 20 homicidios.

Esta situación hace que los autores señalen la necesidad de implementar medidas legislativas y judiciales que resulten verdaderamente efectivas ante la pena privativa de libertad. Zaffaroni (1989) señala que la crisis que enfrenta el sistema penal, -en especial el latinoamericano-, puede ser aliviada mediante la implementación real y certera de medidas alternativas a la pena privativa de libertad, entre otras y que apunten a utilizar cada vez menos la pena privativa de libertad como sanción para todos los tipos de delitos. Estas medidas alternativas pretenden evitar que un sujeto evada su responsabilidad con la sociedad por la comisión de un delito, pero a su vez le proporcionan una alternativa para que no pague con su libertad el daño ocasionado, Garrido (2006). Además de ello se busca que la víctima sea resarcida satisfactoriamente, amén de evitar la reincidencia al concientizar al sujeto sobre lo acontecido.

En Venezuela el Código Orgánico Procesal Penal Venezolano (COPP: 2002) ha ingresado dentro de su engranaje la figura de los acuerdos reparatorios (arts. 40 y 41). Tal dispositivo admite dos fórmulas, la primera de ellas señalada en el art. 40, que indica que el acuerdo reparatorio, celebrado en la etapa preliminar, evita al sujeto mantener contacto posterior con el sistema de justicia penal, es decir, permite el sobreseimiento y archivo de la causa. Esto sucede cuando el victimario resarce el daño sufrido por la víctima y tal circunstancia es aprobada por un juez.

Ya en la segunda fórmula, del art. 41, según el COPP (2002) si el caso se encuentra en fase de juicio la persona puede resarcir a la víctima, de allí que pueda mantener su libertad. No obstante el hecho de haber entrado a juicio hace que el sujeto se mantenga en contacto con el sistema de justicia penal a través de la vigilancia y supervisión de la conducta de la persona durante un lapso prudencial establecido legalmente. Esto nos coloca a su vez dentro de la reflexión de Bobbio, (Bacigalupo:2008), cuando indica que el hecho de problematizar la justicia da lugar a investigaciones que tratan de precisar los valores supremos hacia los cuales tiende el derecho. En este sentido es importante entonces tratar de precisar cómo se comporta la figura de los acuerdos reparatorios en Venezuela, ¿cómo los operadores del sistema de justicia penal observan o perciben a esta figura? ¿existen figuras similares en otros contextos Latinoamericanos? ¿Es posible establecer diferencias y semejanzas, en relación a esta figura, en estos contextos?

La problemática en figuras similares a los acuerdos reparatorios, justicia reparatoria o resolución alternativa de conflictos en el sistema penal, ha sido abordada por algunos estudios y/o autores. Rodríguez, (2000), por ejemplo, señala la importancia y la relevancia que juegan hoy en día la resolución alternativa de conflictos en los problemas de la cotidianidad en muchos contextos. En Bélgica, como lo describe Neuman, (Peters y Arresten:1997) los delincuentes adultos de cualquier tipo de delitos pueden mediar con la víctima para resolver el conflicto. El resarcimiento económico de las víctimas juega un papel importante en la resolución del problema no obstante a ella se llega luego de que los involucrados se han sometido a un procedimiento especial en el que intervienen: el fiscal, el mediador, la víctima, la asistencia social judicial, investigadores científicos y un grupo de profesionales que asisten y respaldan a las partes, además del juez.

En esta experiencia las dos partes fundamentales (víctima y victimario) previo acuerdo, proponen un convenio que ha sido diseñado cuidadosamente entre todos los involucrados en el caso. El juez, al final de este proceso, decide según sea el convenio y las penas suelen ser lenitivas o, sencillamente no se pronuncian. No obstante, advierte Neuman (Peters y Arresten:1997), en algunos casos el juez no deja de sentir recelo del acto por temor a abandonar el marco

legal que rige la materia penal. En España, la medida es aplicada en el fuero de adolescentes que han incurrido en hechos penales. Así, los jóvenes entre 12 y 16 años de edad pueden optar en la mediación por la petición de disculpas, la conciliación, la reparación económica, trabajo o actividad concreta para el perjudicado y/o de orden comunitario. Señala el autor que en España, para 1992, el 40% de las causas penales de adolescentes se solventaron de esta manera y muchos de los delitos o faltas que se presentaron bajo esta figura eran: agresiones, peleas e insultos, entre otros.

En Venezuela existe también una bibliografía significativa que hace alusión al tema. Ejemplo de ello son los estudios realizados por: Hang, Párraga y Gulia (2000) en el que destacan la novedad de la medida dentro del texto procesal penal, pero a su vez destacan la necesidad de evaluarla para observar su comportamiento y efectividad.

Malaguera (2000) por su parte indica que los acuerdos reparatorios son una alternativa a la prosecución del proceso penal, que da una preponderancia importante al papel de la víctima y que busca no sólo la mera compensación de ésta sino que también persigue la satisfacción de la misma. Otros autores que destacan el tema son: Saím; Pérez; y Garrido (Garrido, 2006b) al advertir sobre las virtudes y/o debilidades de los acuerdos reparatorios en Venezuela. De manera que, desde cierta óptica, se puede afirmar que se está comenzando a revisar el tema con interés en el país. Por tales motivos este trabajo pretende explorar y comparar las formas de justicia reparatoria que existen en algunas legislaciones de Latino América actualmente (2008), revisando el contexto jurídico penal de la justicia reparatoria de algunos países en la región; describiendo los aspectos de la justicia reparatoria de estos contextos; comparando las características de la justicia reparatoria en algunos países y explorando la percepción que tienen los operadores de justicia en relación a la aplicación de acuerdos reparatorios en el Estado Mérida, Venezuela.

Para la realización de la presente investigación se ha desarrollado una metodología de tipo descriptiva. Parafraseando a Balestrini (2001) este modo de investigación busca describir las características de un objeto de estudio determinado, en este caso de la figura de los acuerdos reparatorios tanto en Venezuela como en algunos países latinoamericanos. En tal sentido se

realizaron dos tareas: una, indagar y describir cómo es tratado en el ámbito legal el tema de la justicia reparatoria (o sus similares) en otros países de Latinoamérica. Por tales razones, además de Venezuela, se eligieron seis países aleatoriamente (Colombia, Bolivia, Perú, Paraguay, República Dominicana y Argentina).

La segunda tarea consistió en aplicar un instrumento de recopilación de datos que indagaría sobre la percepción que tiene el juez penal en el Estado Mérida sobre la aplicación de los acuerdos reparatorios en este contexto. Este instrumento se diseñó luego de haber aplicado una prueba piloto para el contexto referido y después de haberlo validado a través del juicio de expertos.

1.- Marco teórico.

Garland (1999), señala que hay justicia cuando existe igualdad de todos los individuos frente a la ley y ello asegura la paz social. El autor sugiere que la justicia está asociada a un valor importante, en el terreno de los Derechos Humanos, y que se corresponde con la igualdad de los hombres en todos los aspectos, más ante la ley, como elemento fundamental de la tranquilidad en la sociedad.

Recientemente, se ha observado una discusión entre dos autores que merece especial atención por el aporte filosófico, racional y reflexivo de sus posiciones. El primero de ellos es Rawls (1997) quien parte de la idea de que la justicia es una virtud social básica, base de las instituciones sociales ya que sobre ella se organizan las relaciones entre los miembros de la sociedad y la polis. Parte Rawls (1997) de la idea de que la justicia se da como consecuencia de un pacto establecido entre todos los hombres racionales en el cual ninguno de los participantes tiene interés alguno, esto último como producto de un *velo de la ignorancia* de las personas. Bajo esta mirada, todos los sujetos deberían someterse a las mismas reglas pautadas y quien las vulnere debe ser castigado por las instituciones sociales establecidas para tal fin. Cada sujeto debe tener la mayor libertad política posible para participar y cumplir el pacto establecido. Ello asegura la igualdad de las personas en todos los sentidos así como la felicidad de los mismos.

Sin embargo cabe la posibilidad de encontrar algunas personas infelices o descontentos en la sociedad. Si ello fuera así, y solo en esta situación, se aceptaría aplicar las normas desigualmente, es decir, con la finalidad de ayudar a estos desfavorecidos de la sociedad. Advierte el autor que tal circunstancia de infelicidad debería funcionar como una luz roja que obligue a reflexionar a las personas para cambiar lo hecho, construido o establecido anteriormente en los pactos. Dworkin (1999) menciona que no está de acuerdo con la mayoría de las ideas de Rawls, entre otros argumentos porque los sujetos no acuden a celebrar pactos obviando sus intereses y formación previa, de manera que no existe tal velo de ignorancia. Partiendo de esta premisa el autor sigue argumentando que las situaciones y circunstancias pueden variar de allí que los contratos o pactos sean en muchas circunstancias relativos y sirvan solo para determinados momentos.

Para Dworkin (1999) la posición y formación del sujeto son determinantes pues una persona que ve al Derecho como un deber buscará que el sujeto se conforme y se adapte a las normas so pena de ser castigado y de ser señalado como un corrupto. Luego, quien asume al Derecho como un valor, buscará que el individuo se independice y pueda sobrevivir por sí solo. La idea de justicia de Dworkin (1999) presenta un equilibrio entre algunas posiciones teóricas. Para este autor los pactos hechos entre los hombres, nacen de la voluntad e intereses de estos últimos y son susceptibles en todo momento de ser modificados por las características de las personas.

Esta posición no busca adentrarse filosóficamente en cómo es la justicia (penal), o cómo deberían ser creadas las normas. Se asume que las normas jurídicas (penales) ya están allí: plasmadas en las leyes como una consecuencia contractualista y que obedece a ciertos intereses individuales o colectivos. Desde este punto lo que se busca es describir cómo se aplican o se han aplicado las normas en relación a ciertas expectativas sociales y jurídicas, elementos estos que pudieran tocar las primeras interrogantes pero no en su punto central, tal como se observa en los trabajos de Rawls (1997) y Dworkin (1999).

Visto así, la discusión sobre la justicia (penal) nos permite señalar que la misma se presenta como un concepto que no es rígido (como si resulta muchas veces el diseño y la aplicación de la norma), más bien pareciera un fenómeno dinámico

(en constante cambio) y muy controvertido. Pensamos que en torno a la justicia existen expectativas sociales (incluyendo deseos políticos y económicos), que están referidas a creencias de las personas o grupos sobre un final feliz. Parafraseando a Garzón (2007): "... la firmeza en la justicia es la firmeza de los sujetos en sus expectativas sociales...".

Estas creencias estarían emparentadas con la aplicación o no de estas normas y el final feliz. En el primer escenario (la aplicación de la norma) se satisface, en parte, a un grupo importante dentro del conglomerado social, que puede verse como mayoría o minoría según la concepción que se tenga de ellas o la participación de las mismas en la toma de decisiones. Este conglomerado social sería el número de personas que están viviendo bajo un espacio físico determinado y bajo un régimen jurídico que les rige a todos por igual. Ello aún cuando dentro de este contexto existan diferencias personales, étnicas, culturales y físicas visibles. La no aplicación de la norma tiene un impacto bidireccional para las expectativas sociales. Por un lado deja insatisfechas las creencias que existen en torno a la ley, generando un estado indeseable de desconcierto y de zozobra en cierto sector. Por otra parte satisface las expectativas de otro grupo social que está en desacuerdo con ciertas instituciones que se encuentran emparentadas con el ejercicio de la acción penal. Bajo esta última situación se ubican aquellas personas que están en desacuerdo con la prisión como sanción por creer que ella no cumple ningún fin más que el de encerrar fieras salvajes.

Neuman (Peters y Arresten: 1997) afirma que dentro de este bosque espeso de contradicciones existe un punto fiable para la política criminal: el uso de la mediación en los conflictos sociales, inclusive en el ámbito penal. Esto le permite al autor afirmar que, probablemente, con la mediación es mucho más factible que el victimario encuentre elementos para la llamada resocialización social, mas que en la cárcel. En este sentido el principio de legalidad juega un papel importante, es decir, el hecho de que la mediación se encuentre establecida en el ordenamiento jurídico penal del país, bien sea bajo el nombre de justicia restaurativa, acuerdo reparatorio u otro que se le quiera asignar pero que conserven la esencia de la reparación y/o la restauración.

Para Varona (1998) la idea de un sistema penal que contenga visos de sistema reparatorio deviene de tres fuerzas que confluyen en un momento histórico.

La primera de ellas está relacionada con ciertos movimientos sociales, como el humanismo, movimientos a favor de los derechos de los internos y alternativas a la prisión, el movimiento a favor de los derechos de las víctimas y la opinión pública, entre otros. La segunda fuerza es la teórica, devenida desde el seno del Derecho Penal y más específicamente de las fuertes discusiones que se han concentrado entre quienes defienden a la pena como elemento fundamental del Derecho Penal (una idea basada en el respeto al principio de legalidad y todo lo que ello representa) y quienes defienden la idea de un Derecho Penal verdaderamente alternativo, más valorativo, más progresista y mucho más humano que el primero. Finalmente una tercera fuerza que es la que surge de la dinámica de las instituciones y que coloca con un balance positivo a la conciliación por coadyuvar a la paz social. En este contexto son muchos los países que, a pesar de sus diferencias culturales, religiosas, étnicas, económicas, etc., han incluido en sus legislaciones esta práctica. Ejemplo de ello son, en el contexto latinoamericano: Colombia, Argentina, Paraguay, Bolivia, Perú, Venezuela, entre otros. Ello, en contraste con la situación encontrada en República Dominicana, como se verá a continuación. Así, el siguiente ejercicio es un ejemplo de lo señalado anteriormente:

Argentina: Código Procesal Penal de la República Argentina (1991): Capítulo III (sobre los delitos de acción privada), lo puede ejercer cualquier víctima de estos delitos. El procedimiento plantea una audiencia de conciliación entre las partes. Esta audiencia es llamada por el juez una vez presentada la querrela, si en esta audiencia las partes se concilian se sobresee la causa y las costas quedan en el orden causado, las partes pueden conciliarse en esta audiencia o en cualquier otra etapa del juicio, si el querrellado por el delito contra el honor se retracta en la audiencia o al contestar la querrela la causa se sobresee. No obstante, si el querrellado considera que no es suficiente se solicita la retractación pública, si no se realiza la audiencia de conciliación el tribunal cita al querrellado para que ofrezca pruebas para defenderse y el juicio proseguirá según las pautas legales establecidas.

Bolivia: Código de Procedimiento Penal Bolivia (2001): Libro segundo de procedimientos especiales, específicamente por los delitos de acción privada, para ello se plantea la idea de una audiencia de conciliación, esta medida se puede dar en cualquier fase del juicio, si se da la conciliación se extingue la causa penal.

Colombia: Código Procesal Penal Colombiano (2004): Título II, de la acción penal, Capítulo IV (del ejercicio del incidente de reparación integral), procede en los delitos que admiten desistimiento y en los delitos de homicidio culposo simple y lesiones personales culposas simples, en los delitos contra el patrimonio económico, lesiones personales dolosas con secuelas transitorias y en los delitos contra los derechos de autor, previamente debe haberse declarado el fallo de la responsabilidad penal del acusado, debe haber una solicitud anterior expresa de la víctima, o el fiscal del ministerio público, el juez puede rechazarla si quien la promueve no es víctima o está acreditado el pago efectivo de los perjuicios y este fuere la única pretensión formulada, admitido, el juez podrá decretar una audiencia de conciliación (en dos oportunidades). Lo acordado allí queda escrito en la sentencia, quien no asista queda sujeto a los resultados de las gestiones pertinentes, si hay una persona responsable civilmente por la conducta del condenado éste debe responsabilizarse por los daños ocasionados por su representado.

Luego, el Libro III, Título II, Capítulo único, formúla una segunda referencia teórica sobre el tema al hablar de los preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, implica la terminación del proceso, en los delitos que el sujeto activo hubiera aumentado su patrimonio, como fruto del mismo, debe reintegrar al menos el 50% de lo percibido en esta actividad delictiva y asegure el pago del remanente, el imputado debe declararse culpable de la comisión del delito, el acuerdo no exime de sentencia al indiciado pero otorga sanciones menores, el juez está obligado a no desconocer el hecho, salvo que se produzca la violación de alguna norma, si el preacuerdo se da en la fase del juicio se aceptará el mismo y la sentencia se reducirá en una tercera parte.

Ya en el Libro IV, existe una tercera referencia donde se aborda la justicia restaurativa. En su capítulo I señala que la víctima y el victimario pueden también buscarle una solución con salida restaurativa al conflicto que les envuelve, con o sin la participación de un facilitador. En este aparte se plantea una definición formal de resultado restaurativo, que sería “el acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad”, las reglas que guían esta medida son: debe ser consentido entre la víctima y el victimario, y este

consentimiento se puede retirar; las obligaciones son proporcionales y razonables; la admisión del hecho no dará lugar a otros juicios en contra del imputado; el incumplimiento de la medida no da razón para agravar una pena; los facilitadores deben actuar de forma imparcial y las partes pueden estar asesorados por un abogado, el juez debe informar a las partes de sus derechos y que las partes no sean coaccionadas, estos mecanismos contemplan: la conciliación procesal; la conciliación en el incidente de la reparación integral y la mediación.

El capítulo II, del Libro IV, se aborda sobre la conciliación procesal (cuarta referencia) e indica que la misma procede para los delitos querellables, bien sea que ocurra ante la figura del fiscal, de un centro de conciliación o un conciliador reconocido, en este caso el fiscal podrá celebrar audiencia de conciliación o avalará la que se haya celebrado en algún centro reconocido como tal. Si tales diligencias son fructíferas se decretará el archivo, de lo contrario se podrá ejercer la acción penal correspondiente al caso, la mediación (quinta referencia) se ubica en el Capítulo III, del Libro IV, e indica que es un mecanismo donde un tercero actúa nombrado por el Fiscal General de la Nación o su delegado. Permite el intercambio de opiniones entre la víctima y el imputado para lograr solventar el conflicto, los acuerdos a los que pueden llegar son: la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; prestación de servicios a la comunidad; o pedimento de disculpas o perdón, textualmente se indica que 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 5 años de prisión, siempre y cuando el bien jurídico protegido no sobrepase la órbita personal del perjudicado, víctima y el imputado o acusado acepten expresa y voluntariamente someter su caso a una solución de justicia restaurativa, en delitos cuya pena excedan los 5 años de prisión la mediación será importante a la hora de otorgar un beneficio o para dosificar la pena, la medida podrá solicitarse por la víctima o por el imputado o acusado ante el fiscal, juez de control de garantías o juez de conocimiento, en los casos de menores, inimputables y víctimas incapaces, sus representantes legales deberán participar en la mediación, la mediación tiene efectos vinculantes, en consecuencia, excluye

el ejercicio de la acción civil derivada del delito y el incidente de reparación integral. Además el mediador debe expedir un informe de sus resultados y lo remitirá al fiscal o al juez, según el caso, para que lo valore y determine sus efectos en la actuación, los resultados de la mediación serán valorados para el ejercicio de la acción penal; la selección de la coerción personal, y la individualización de la pena al momento de dictarse sentencia, la mediación se rige por un manual dictado por el Fiscal General de la Nación y que norma esta actividad para todos los participantes.

Paraguay: Código de Procedimiento Penal del Paraguay (1998): Libro segundo de procedimientos especiales, título I de procedimientos ante el juez de paz, se elabora un acta en la que solo quedan asentados los aspectos esenciales del caso y no se transcribe la totalidad de lo ocurrido, el juez de paz puede decretar: la desestimación solicitada por el fiscal; el sobreseimiento provisional; declarar extinguida la acción pública o suspender el proceso; suspender condicionalmente el proceso; resolver conforme el procedimiento abreviado; autorizar la conciliación, cuando haya sido acordada por las partes, si las partes han conciliado sobre la reparación del daño podrá el juez extinguir la acción penal. Se contempla la posibilidad de realizar la conciliación en los delitos de acción privada, para estos se necesita que la querrela sea admitida para proceder a convocar a una audiencia de conciliación, se admite la posibilidad de que las partes, previo acuerdo, nombren un componedor para que realice la audiencia, si no se logra la conciliación el juez convocará un juicio y el mismo proseguirá según las pautas legales establecidas.

Para el caso de los pueblos indígenas se señala que si las partes llegan libremente a un acuerdo el juez debe homologarlo y suspender el procedimiento, estableciendo además los derechos y las obligaciones de las partes, así como el plazo máximo para la denuncia de cualquier incumplimiento, vencido este plazo, si no ha habido incumplimientos, el juez declarará la extinción de la acción penal, si las partes no llegan a ningún acuerdo o si el convenio es incumplido, el trámite continuará según las reglas de procedimiento ordinario, en estos casos la extinción de la acción penal es inapelable, establece el texto de procedimiento penal que en los casos en los que el juez impone una medida de seguridad por inimputabilidad, el querellante o el Ministerio público podrán solicitar al juez que se ordene la reparación del daño causado o la indemnización

correspondiente, no obstante, si la solicitud de indemnización es manifiestamente excesiva el juez podrá intimar a su corrección, asimismo el juez podrá ordenar pericias técnicas para evaluar los daños o la relación de causalidad, será apelable el rechazo de la demanda, la resolución sobre la reparación o indemnización será apelable, la acción para demandar la reparación o la indemnización del daño prescribirá a los dos años de ejecutoriada la sentencia de condena o la resolución que imponga la medida.

República Dominicana: En su Código de Procedimiento Criminal (1884), no se contempla esta medida.

Perú: Código de Procedimientos Penales (1981): Libro IV (procedimientos especiales para los delitos de calumnia, difamación, injuria, y contra el honor sexual), si hay conciliación se sienta la decisión en el acta correspondiente, bastante abierto a la discreción judicial.

Así pues, son muchas las legislaciones que prevén en su ordenamiento legal la posibilidad de concretar medidas reparatorias en el proceso penal. Estos contextos se encuentran vinculados a instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos (Convención Americana sobre de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1999).

Curiosamente ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1999), ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1999), hacen mención explícita a la práctica de la justicia reparatoria. No obstante la Convención Americana, propugna el respeto por el desarrollo de cada contexto proponiendo en su artículo 9 la importancia del principio de legalidad y de retroactividad, es decir, la necesidad de ser juzgado según la ley existente y/o según la normativa más benévola que exista, por lo que, probablemente, deja una puerta abierta a esta práctica alternativa.

Interesante en esta investigación era saber qué percepción tienen los jueces sobre esta medida. Por ello es que en Venezuela, específicamente en el Estado Mérida los encargados de la fase preliminar (control) y de juicio pudieran dar razón de ello. El trabajo desarrollado da cuenta de esto pues arrojó las siguientes experiencias y resultados. Primero, se aplicó una prueba piloto a los jueces de ejecución y de control en las dos sedes del poder judicial del Estado Mérida,

a saber, el área metropolitana del Estado Mérida y su extensión ubicada en la ciudad de El Vigía.

Respondido el instrumento piloto satisfactoriamente en el 100% de todos sus ítems se procedió a diseñar un instrumento definitivo de recopilación de datos. Previo a ello se validó el mismo al someterlo a la evaluación de tres expertos y luego se aplicó, en los mismos espacios geográficos, e iguales a jueces de ejecución y de juicio, diferentes a los primeros de la prueba piloto. Los resultados obtenidos de esta experiencia son los siguientes: de doce cuestionarios enviados sólo dos jueces respondieron la encuesta. De manera que poco o nada se pudo indagar sobre esta materia en el Estado Mérida, se desconocen las razones de esta circunstancia sólo que, lamentablemente, esto no aporta elementos a la discusión del tema en cuestión.

2.- Análisis.

El tiempo ha demostrado que definir la justicia ha sido y es un ejercicio difícil. Aún las posiciones más clásicas emiten destellos que aún guían a quienes buscan la respuesta de esta incógnita y, por supuesto los autores más vanguardistas, como Rawls (1997) y Dworkin (1999) encienden un debate en el cual se abren reflexiones para re-pensar la idea de la justicia según nuestros contextos. La definición operacional de justicia argumentada aquí es un mero ejemplo de lo afirmado anteriormente. No obstante es un hecho que la política criminal en muchos contextos, como Latinoamérica, se encuentra en crisis. Aunado a ello se observa otro cúmulo de eventos de tipo social y económico negativos para la región. Esta situación, complicada de por sí, impide que se materialicen la mayoría de los derechos fundamentales de la ciudadanía aún aquellos de suma importancia como la seguridad y la justicia.

Otra verdad, disonante en algunos momentos, se da con el crecimiento de los conflictos sociales, llevados muchas veces al terreno jurídico penal. Junto a ello se detalla una creciente demanda de los movimientos de Derechos Humanos que han hecho que el sistema penal se vea en la necesidad de crear nuevas formas para solventar estos conflictos, tal es el caso del planteamiento y desarrollo de la justicia reparatoria. Los contextos

latinoamericanos, en su mayoría, contemplan este tipo de justicia, muestra de ello se observa en Argentina, Colombia, Perú, Paraguay, Brasil, entre otros. Las diferencias que existen entre cada uno de estos contextos son, sucintamente, las siguientes:

a) En Argentina esta medida se da para delitos de acción privada. En Perú, Paraguay y Bolivia se contempla en el libro de procedimientos especiales. En tanto que en Venezuela procede en los delitos contra la propiedad y en los delitos culposos siempre y cuando no se haya causado la muerte a la víctima. En Argentina, si procede la conciliación, se sobresee la causa.

b) En Colombia existen cinco referencias en todo el texto procesal penal sobre el tema bajo las denominaciones de: reparación integral, preacuerdos y negociaciones entre la fiscalía y el imputado o acusado, justicia restaurativa, conciliación procesal y mediación. Estas se aplican según las circunstancias específicas que marcan la ley.

c) En Perú la conciliación puede darse según lo considere el representante del Poder Judicial de una manera abierta.

d) En Venezuela la reparación del daño (acordada en la fase preliminar) la debe realizar el victimario en un plazo que no debe exceder los 3 meses. En el caso de que fuere acordado en la fase intermedia el imputado debe admitir los hechos para poder optar a la reparación del mismo, ello según el procedimiento ordinario.

e) En Paraguay la conciliación puede proceder en los delitos de acción privada, previa admisión de la querrela. Además, la conciliación procede en las dos primeras etapas del proceso, es decir, en la etapa Preparatoria (de Investigación Fiscal) o en la etapa Intermedia (que precede a la de juicio). También puede suceder que si las partes lo acuerdan pueden nombrar un componedor para que ejecute la audiencia de conciliación y de no darse esta el caso lo retoma un juez de juicio que continúa la causa según los parámetros legales. El procedimiento en este país señala que si en el fuero indígena se llega a un acuerdo el juez ordinario debe homologarlo y suspender el proceso penal y si hay cumplimiento el juez decreta la extinción de la causa penal, acto éste que es inapelable.

f) En los casos de inimputabilidad, en el Paraguay, el querellante o el Ministerio Público podrán solicitar al juez de la causa la reparación o indemnización del daño, según lineamientos de la lógica. Tal solicitud prescribe a los 2 años de ejecutada la sentencia de condena o de haberse impuesto la medida. Para la reparación o indemnización en casos de inimputabilidad el juez puede solicitar pericias técnicas con el fin de evaluar debidamente lo que ha de repararse.

g) En Argentina se contempla la posibilidad de que el victimario, en delitos contra el honor, se retracte inclusive públicamente y con ello la víctima se puede dar por resarcida y satisfecha.

Luego, en la presentación de estos datos también se observan algunas semejanzas en los códigos estudiados aquí, similitudes que versan sobre los siguientes aspectos:

a) Al parecer en todos los países estudiados (excepto República Dominicana) se puede ejercer la conciliación o reparación por cualquier víctima. Vale mencionar que en el caso de la Argentina esto es mucho más preciso; b) En Argentina procede una audiencia de conciliación una vez presentada la querrela o en cualquier fase del juicio así como sucede en Bolivia, Colombia y en Venezuela. Aunque en el caso de Colombia solo se permite un máximo de dos audiencias para evitar el retraso del proceso; c) En Bolivia y en Colombia el cumplimiento de la medida (reparación y/o conciliación) extingue la acción penal al igual como sucede en Paraguay y Venezuela; d) En Perú existe un acta para la conciliación del caso así como en Paraguay, en ella se transcriben solo los elementos que se consideren importantes; e) En la Argentina si no se da la audiencia de conciliación el juicio procede naturalmente. En el resto de los Códigos procesales tal situación se deja por sobreentendida; y f) En Colombia existe una mayor gama para ejecutar medidas alternativas, con características muy propias.

En este sentido merece especial referencia la legislación consultada de Paraguay y de Colombia. La primera es sumamente cuidadosa en la descripción de la manera como se realiza una conciliación o reparación en el proceso penal, asignando de hecho una figura especial, como el juez de paz, que no contemplan otras legislaciones.

En Colombia el legislador deja estas fórmulas para aquellos delitos que no deberían tener una salida penal, buscando así hacer énfasis en el Derecho Penal como última ratio. Desde esta perspectiva hay que observar que la legislación procesal penal de Paraguay y de Colombia son extensas y se percibe que los Códigos en esta materia han buscado allanar tanto el principio de legalidad como el de oportunidad, temas que resultan álgidos cuando se habla de la justicia restaurativa.

Todo esto en contraste con la legislación del Perú, en la cual es difícil observar elementos puntuales de realización de la medida de conciliación o reparación. De igual forma llama la atención como en República Dominicana estas medidas no son consideradas explícitamente por su ordenamiento jurídico penal aunque hoy en día se esperan los resultados de la Comisión Nacional de Ejecución de la Reforma Procesal Penal, organizada en el año 2002, que busca modernizar el Código de Procedimiento Criminal de este país.

En Venezuela los datos antes señalados son indicaciones teóricas de esta práctica alterna a la pena privativa de libertad. Pero también lo es la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia, que ofrece algunos indicios sobre la práctica de estas medidas. Así, por ejemplo, la sentencia no. 0108, de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia en Venezuela (expediente no. C00-1301), señala que las alternativas a la prosecución del proceso son aquellas instituciones procesales que produzcan el efecto de evitar el proceso, de allí que los acuerdos reparatorios, lato sensu, pudieran ser vistos como tales.

3.- Conclusiones.

Es probable que la inclusión y la práctica de los acuerdos reparatorios, justicia restaurativa, o sus similares, en las legislaciones latinoamericanas apunten a un mejoramiento de la crisis de justicia. Sin embargo creemos que es fundamental también el reforzamiento de las instancias e instituciones que hacen vida dentro de la política criminal de cada país y que deben dar respuesta a las exigencias del conglomerado. Es indudable que existe un mayor desarrollo legislativo en algunos contextos del ámbito latinoamericano, en lo que se refiere a justicia reparatoria. Las descripciones y comparaciones hechas

entre los países aquí abordados, es un ejemplo de ello, en el que se observa como en Colombia y Paraguay el tema es más explícito que en Bolivia y Perú. En este sentido la legislación procesal de Venezuela y Argentina parecieran ubicarse en un punto intermedio de la discusión.

Sin embargo, hace falta un trabajo de campo que explore y evalúe cada uno de estos contextos en la aplicación de la norma. No ayuda, como sucedió en esta investigación, que los jueces, quienes aplican la norma penal, no participen o no den a conocer su percepción en esta materia. Pensamos que en estos aspectos la práctica de cada contexto dará una respuesta definitiva al tema de la justicia y una de sus formas en el ámbito penal, la justicia reparatoria. Lamentablemente, en el contexto venezolano la falta de cooperación de algunos jueces de control y de juicio del Estado Mérida, quienes no permitieron un acercamiento más profundo para indagar la percepción que estos tienen de los acuerdos reparatorios.

La no descripción o la no evaluación de un sistema penal impide de una parte no saber cómo las agencias del sistema ejercen el poder; y de otra no saber cómo son tratadas las expectativas sociales que recaen sobre el aparato judicial; y finalmente no permite el viraje necesario de una medida, si es que hubiera que mejorarla. Si la justicia es, como se ha mencionado, la aplicación certera de la norma por igual para todas las personas, y ello tiene un impacto en las expectativas sociales y en el desarrollo de la sociedad, es fundamental tener razón de ella pues en ésta se justifica parte de nuestros sistemas democráticos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amnistía Internacional. Comunicado de prensa. Bolivia: *La justicia es el único camino para superar la crisis*. En: <http://www.amnesty.org/es/report/info/AMR18/007/2004>. Del: 30 de noviembre de 2004. Consultado en Julio de 2007

Del 7 de febrero de 2007, 16:30 horas GMT. México: *El sistema de justicia penal, en crisis*. En: <http://hannotaf.free.fr/modules.php?name=News&file=article&sid=5228>

- Bacigalupo, E. (2008). *Filosofía práctica y liberalismo*. En: <http://blog.pucp.edu.pe/item/1311>
- Balestrini, M. (2001). *Como elaborar el proyecto de investigación*. Caracas, BL Consultores asociados, Servicio Editorial.
- Bobbio, N. (1996). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica. (2da. Ed.). México.
- Carranza, E. (1992). *Política criminal y humanismo en la reforma de la justicia penal*. En la Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Diciembre 1992, año 4, no. 06.
- Código de Procedimiento Criminal. República Dominicana. Sancionado el 27 de Junio de 1884.
- Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Del 31 de Mayo de 2001.
- Código de Procedimiento Penal Colombiano. Del 31 de agosto de 2004. Ley 906.
- Códigos de Procedimientos Penales. Perú. En: http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/pe/cpp_peru.htm
- Código Procesal Penal Argentino. Ley N° 23.984. Sancionada: 21 de agosto de 1991. Promulgada: 4 de septiembre de 1991.
- Código Procesal Penal de Paraguay. 8 de julio de 1998. Ley No. 1286-98.
- Código Orgánico Procesal Penal Venezolano. Gaceta oficial no. 5.558, extraordinario del 14 de noviembre de 2001.
- Convención Americana sobre de Derechos Humanos (1999). En Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. San José de Costa Rica.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Editorial Ariel. Barcelona: España.
- Garland, D. (1999). *Castigo y sociedad moderna*. Siglo XXI Editores. México.
- Garzón, B. (2007). Conferencia dada en FEDECAMARAS, Venezuela. El 17 de junio de 2007.
- Garrido, N. (2006). *Marginalidad, indefensión y violencia. Un análisis crítico*. En Revista Capítulo Criminológico, vol. 34, no. 04, Octubre- Diciembre. Universidad del Zulia. Maracaibo.
- _____ (2006b). *Análisis criminológico de los acuerdos reparatorios*. En Revista del Ministerio Público. IV Etapa, no. 05. Enero-Diciembre 2006. Caracas.
- Han, Párraga y Giulia (2000). *Los acuerdos reparatorios y su aplicación en el nuevo proceso penal venezolano*. En En Revista Capítulo Criminológico, vol. 28, no. 02, Junio. Universidad del Zulia. Maracaibo.
- Malaguera, J. (2000). *El acuerdo reparatorio como alternativa a la prosecución del proceso*. En Anuario de Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de los Andes. Mérida: Venezuela.

Prof. José Malaguera
joselmalaguera@yahoo.com
Crim. Nelson Garrido
garrido_nelson@hotmail.com
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
MÉRIDA-VENEZUELA

Resumen

La justicia es uno de los pilares fundamentales de la democracia y quienes están encargados de aplicarla deben hacerlo apegados al Derecho y observando el respeto por la dignidad humana. Hoy, con las instituciones en crisis, se han propuesto vías alternativas que allanen los dos parámetros señalados. El presente artículo plantea la descripción crítica de una de esas alternativas en materia penal: la justicia reparatoria.

Palabras clave: justicia reparatoria, derechos humanos, derecho penal, sistema penal, Latinoamérica.

Alternative (Restorative) Criminal Justice. Brief analysis of some Latin American systems.

Abstract

Justice is one of the fundamental pillars of democracy and those who are charged with its administration must act according to the law and with respect for human dignity. Today, with institutions in crisis, alternative means have been proposed which fulfill these requirements. The present article offers a critical description of one of those alternatives for criminal law: restorative justice.

Key words: justice, restoration, human rights, criminal justice system, Latin America.

- Neuman, E. (1997). *Mediación y conciliación penal*. Ediciones De Palma. EDIGRAF, S.A. Buenos Aires. Pp. 107 – 116.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1999). En Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos. San José de Costa Rica.
- PROVEA: Informe Anual Octubre 2006 / Septiembre 2007. Situación de los Derechos Humanos en Venezuela.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la justicia*. Fondo de Cultura Económica de España.
- Rodríguez, G. (2000). *¿Resolver alternativamente los conflictos penales?* En Resolución alternativa de conflictos penales. Mediación de conflicto, pena y consenso. Gabriela Rodríguez Fernández, compiladora. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires. P.1.
- Sentencia 0108 de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, expediente no. C00-1301 de fecha 23 de febrero de 2001.
- Varona, G. (1998). *La mediación reparadora como estrategia de control social*. Una perspectiva criminológica. Editorial COMARES. Granada.
- Zaffaroni, E (1989). *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires.