

## **LA REPARACION EN EL DERECHO PENAL: UNA NIÑA POCO ENGREÍDA**

Autor: Augusto Medina Otazú<sup>1</sup>

Me propuse escribir este artículo sin parar y sin citar autores, ni mencionar estadísticas así que prepárense para leer sobre la reparación enlucida en la vía penal, tal vez muchos me critiquen por no ser respetuoso de la dogmática, pero ahora pretendo agujerearlo, con un poco de malicia. La reparación en la vía penal nunca ha sido la “pera dulce” fue aceptada a regañadientes y poco a poco va tomando cuerpo y me alegra por eso.

Para mí, el derecho penal tiene dos columnas: el derecho penal reparador y el derecho penal sancionador; y ven ustedes que menciono en primer lugar al contenido reparatorio, las razones las iré comentando.

Los penalistas tienen una gran afición de engolosinarse recurriendo a la prisión como mecanismo de defensa de la sociedad; y, les aseguro sin conocer a ciencia cierta cuántos detenidos existe en nuestro país, de seguro existen muchos más que aquellas víctimas adecuadamente reparadas. Parece que es más fácil poner tras las rejas a la gente y cumplir así con el Estado y la sociedad que reparar a las víctimas; sin embargo la reparación requiere de una muy buena creatividad que puede tener muchísimas alternativas creadas o por crearse.

Amigo lector, la reparación, aun cuando no te parezca, incorpora también a la sentencia condenatoria, una de tantas maneras de reparar, por eso decía que el derecho penal debería mirar a la reparación como el gran horizonte del derecho penal y tal parece que la niña engreída va creciendo y se va haciendo grande y ya pasó a aquél monstruo que es mero criminalizador.

Hasta aquí tomo el primer respiro y vuelvo a la carga. Las disculpas públicas es otra forma ingeniosa de reparar que podemos hacerlas discurrir en todo el derecho penal porque puede derretir, disolver tanto odio en muchos de los delitos, reconstruir algunos tejidos sociales y así el derecho penal serviría, ya no solo para correr tras el ladrón sino también hilvanar nuestras relaciones sociales.

Estoy siendo muy hiriente pero hemos asistido únicamente a los escenarios de los juicios penales para sancionar a los delincuentes, quienes son los actores principales y una muestra de la drástica justicia penal es poner tras las rejas a los más pobres y marginados y la cárcel parece ser el camino perfecto en ese *iter criminis* natural. Así ponemos las barreras más altas para que ese grupo de personas ya no sean parte de la sociedad y perfecto cae la teoría del Derecho Penal del Enemigo, flexibilizar los principios del garantismo pero parece que ese camino no es el adecuado por cuanto, la cárcel es un centro de entrenamiento adecuado para lograr la perfección del crimen, camino “derechito” al masoquismo pero también del sadismo como sistema: es decir nos disparamos al pie.

La reparación también puede ingresar con los planteamientos de justicia penal restaurativa y es donde se complica más el tema por cuanto no sólo las víctimas son los titulares de la reparación sino los victimarios también lo son y claro está el diseño se encuentra dentro del “mea culpa”,

---

<sup>1</sup> Abogado y Magister. Ex Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Colegio de Abogados de Lima y miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal, especialista en derechos fundamentales, Docente universitario. [medinaotazu@gmail.com](mailto:medinaotazu@gmail.com)

porque los delincuentes no caen del cielo sino se hacen y crecen con nosotros, entonces la sociedad será el mejor medio para lograr su restauración y rehabilitación.

Esas propuestas causan temor, miedo y pánico pero es el mejor remedio porque los delincuentes son seres humanos, claro estoy seguro que ustedes piensan que mi propuesta no resiste la menor crítica pero no soy ingenuo, la cárcel es un buen espacio para determinadas personas que colocan a la sociedad en una amenaza grave y con gran convicción debo decirle que un gran porcentaje de los que hoy son inquilinos de las prisiones no ponen en peligro la sociedad en sus estructuras básicas pero a contracorriente debo expresar que existen muchos que están fuera de las prisiones, pero por sus comportamientos de clase, vestimenta, poder, dinero, estatus, etc tienen la "protección" del sistema y de ellos si es necesario "enrocarnos" para sostener las estructuras de base. La corrupción generalizada por ejemplo puede sumirnos en una anomía como sociedad o criminalizar las protestas puede alejarnos de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Aquí va el segundo respiro. Puede sonar que estoy siendo muy crítico con el sistema y creo que no se equivocan porque pretendo que la reparación sea un gran aliciente en ese cambio del derecho penal, no tenemos que centrar la discusión a cuántos años condenamos por ese crimen o este otro y sufrir con todo el proceso y que los juicios sigan y sigan haciendo su cola unos tras otros. La reparación nos permitiría lograr consolidar el sistema, además hace muchos siglos el hombre defiende más la propiedad que su propia libertad entonces un ataque más certero a la propiedad podría permitirnos menos personas en las cárceles y haríamos más "daño" al crimen.

Por otro lado miramos a la víctima personalizada en el ser individual mediático, sin embargo es necesario ampliar el lente para ver que la víctima es la sociedad entera así encontraríamos buenos aliados porque la sociedad sentiría que está siendo atendida y no se está gastando el presupuesto íntegro en policías, patrulleros, cárceles, funcionarios preparados para sancionar el crimen, sino también en espacios públicos abiertos, parques abiertos, calles y avenidas abiertas, lugares donde los niños, niñas, jóvenes, adultos y personas mayores se diviertan a cualquier hora y que estos espacios sean gratuitos. Estoy seguro que muchos penalista me saltaran a la yugular y me dirán que eso no es derecho penal pero yo les replicaría que si lo es porque así como sentenciamos a un ladrón a la prisión de tantos años, también podemos ordenar como medida reparativa que se construya espacios físicos de diversión y de dialogo a favor de la comunidad, que nos permita tomar las calles a los ciudadanos y nos olvidemos de ese individualismo malsano que nos arrinconó a nuestras casas enrejadas y con cerco eléctrico. El derecho penal puede ayudar también en esa orientación porque el derecho penal tiene inyectado en la justicia valores como la felicidad, solidaridad, diversión, amor, deporte, etc. Recordemos siempre que el Fiscal y el Juez también son hombres de Estado.

La reparación es la tabla de salvación del derecho penal, la reparación ha estado y esta patrimonializada entonces es necesario despatrimonializar para que tenga mayor futuro y se vea con mayor plenitud. Hemos estado acostumbrado a la discusión a cuánto asciende el daño y entonces había que sacar la chequera, girar y asunto arreglado con este tema, pero eso se acabó. La reparación es sanar heridas y a veces duran muchos años. Por ejemplo, hasta ahora poco se viene haciendo con las víctimas de los familiares de desaparición forzada, ejecución forzada, tortura, desplazamiento forzado, etc. Ya van muchos años y seguimos mezquinando propuesta todas económicas pero con reparaciones ingeniosas poco se han hecho desde la esfera del derecho penal, lamentablemente algunas vienen del sistema internacional como las disculpas públicas, el compromiso de no repetición, reconocimiento de los hechos, ahí muy cerca el derecho penal premial, derecho a la verdad esos mecanismos de seguro ayudaría a

consolidar la sociedad. Bueno sería si los jueces miran los Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Naciones Unidas.

El tercer y último respiro, debo decir que la dogmática se romperá con estos argumentos pero estoy seguro y me parece fenomenal que la política criminal la recogería con agrado, la reparación está en ese escenario perfecto de prevención general positiva, de afirmación del derecho, donde víctimas y victimarios les conviene respetarlos porque es un *win, win* para ambos. Uno atisbo del derecho penal reparador es el principio de oportunidad, es la punta del iceberg no se agota ahí pueden haber infinidad de propuestas, tal vez el derecho penal sancionador si esta acartonado con el principio de legalidad (los tipos penales y la pena deben estar tipificados y contenidos en la Ley) pero en el derecho penal reparador existe mayor flexibilidad porque no es una camisa de fuerza la Ley, sino puede estar en la discrecionalidad crítica del Juez aplicar medidas reparativas, restaurativas, adecuadas para cada caso mirando el contexto del sistema nacional e internacional. Creo que el principio de legalidad en el derecho penal reparador, no juega el mismo partido que el derecho penal sancionador.

Un último suspiro, la reparación en el derecho penal transforma su naturaleza jurídica a pública diferenciándose del derecho civil donde mantiene su naturaleza privada, renunciable, transable. Entonces podemos hurgar en la diferencia entre reparar e indemnizar que no siempre es lo mismo porque hablamos del género y la especie. Esa connotación es importante por cuanto la persecución del delito y su sanción parece ser una obligación de Estado y en esa vía no sólo la impunidad destruye la credibilidad del sistema penal sino también la poca incidencia y oportuna reparación penal. Tenemos entonces entre manos hacer revivir el prestigio y la incidencia de la reparación en el derecho penal. En esa orientación, mucho ayudaría a construir y reconstruir permanentemente una adecuada política criminal, del diagnóstico de nuestra sociedad, donde no sólo este los condicionantes del crimen sino también se incorpore los insumos de la historia, psicología, sociología, antropología y obviamente el derecho sobre los aspectos positivos que nos falta reafirmar en la comunidad.

Ahí tienen un avance amigos abogados, abogadas, Fiscales y Jueces, por ahora ahí acabo, gracias por su paciencia.