

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE DETERMINAN LA
DESNATURALIZACIÓN DE LA FINALIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL
EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE LA
TERCERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEL DECRETO
LEGISLATIVO N.º 1068 EN DELITOS DE CORRUPCIÓN**

Para optar el Grado Académico de

DOCTOR EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

Mg. LUIS ALIAGA CABRERA

Asesor:

Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA

Cajamarca – Perú

2020

COPYRIGHT © 2020 by
LUIS ALIAGA CABRERA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE DETERMINAN LA
DESNATURALIZACIÓN DE LA FINALIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL
EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE LA
TERCERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEL DECRETO
LEGISLATIVO N.º 1068 EN DELITOS DE CORRUPCIÓN**

Para optar el Grado Académico de
DOCTOR EN CIENCIAS
MENCIÓN: DERECHO

Presentada por:

Mg. LUIS ALIAGA CABRERA

JURADO EVALUADOR

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Jurado Evaluador

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2020



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS

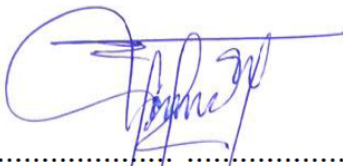
ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

MENCIÓN: DERECHO

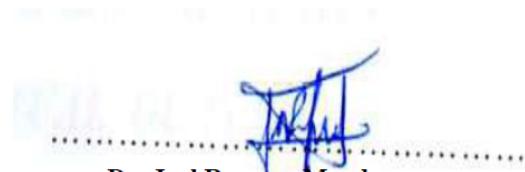
Siendo las 17:08 horas del día 26 de octubre del año dos mil veinte, reunidos a través de meet.google.com/crc-ihqe-fxh, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA** e integrado por el **Dr. NIXON JAVIER CASTILLO MONTOYA** y la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**; y en calidad de Asesor, el **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**; actuando de conformidad con el Reglamento Interno de la Escuela de Posgrado y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se inició la SUSTENTACIÓN de la tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE DETERMINAN LA DESNATURALIZACIÓN DE LA FINALIDAD DE LA REPARACIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL A PARTIR DE LA APLICACIÓN DE LA TERCERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1068 EN DELITOS DE CORRUPCIÓN**; Presentado por el **Mg. LUIS ALIAGA CABRERA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISÉIS (16) [BUENO]**, la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Mg. LUIS ALIAGA CABRERA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **DOCTOR EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Mención: **DERECHO**.

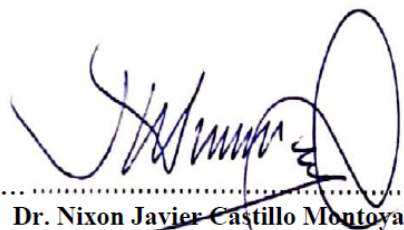
Siendo las 18:50 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.



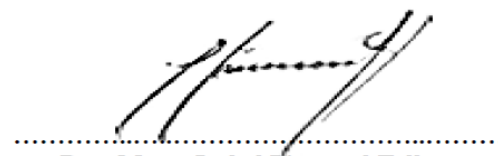
.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Asesor



.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Presidente-Jurado Evaluador



.....
Dr. Nixon Javier Castillo Montoya
Jurado Evaluador



.....
Dra. Maria Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

DEDICATORIA

A:

Mi esposa, por su apoyo incondicional por darme la fuerza en todo momento, a mis hijos por ser la fuerza y mi motor para seguir adelante sin ellos no hubiera logrado alcanzar la meta.

Mis padres, por estar siempre pendientes de mí, y por sus oraciones constantes hacia mi familia

Mis suegros, por su apoyo incondicional en los peores momentos, quienes confiaron en mí al darme la oportunidad de ser una mejor persona en la vida y llegar a ser un buen profesional.

Todos mis hermanos, que me apoyaron de corazón y que confiaron en mí y mis hermanos que me apoyaron tanto económicamente como moralmente.

Mi asesor de tesis el Dr. Glenn por guiarme en la elaboración del presente trabajo.

Dr. Nixon Castillo por brindarme su apoyo para el desarrollo de la presente investigación.

Este trabajo va dedicado también a todas aquellas personas que hicieron posible este gran logro, por su apoyo moral e incondicional brindado.

AGRADECIMIENTO

A Dios Todopoderoso, por el entendimiento dado y la fuerza suficiente para no rendirme ante los obstáculos de la vida cotidiana y permitirme llegar a este momento tan importante en mi vida profesional, porque sin él no lo hubiese logrado.

A mi esposa y mis hijos, por ser los pilares más importantes en mi vida, a pesar de las dificultades, siempre estuvieron conmigo apoyándome, haciéndome ver que nada es imposible cuando uno se propone llegar a la meta.

A la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, por permitirme ser parte de los profesionales que salen de las aulas para un mundo laboral muy competitivo.

A todos los Docentes de altísimo nivel académico, que fueron parte de mi formación profesional, gracias a ellos por su exigencia académica tengo una buena formación profesional y así mismo, al personal Administrativo por su apoyo brindado.

EPÍGRAFE

“No harás injusticia en el juicio, ni favoreciendo al pobre ni complaciendo al grande; con justicia juzgarás a tu prójimo”

(Levítico capítulo 19 versículo 15)

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTO	vi
EPÍGRAFE	vii
LISTA DE ABREVIACIONES.....	xiii
GLOSARIO.....	xiv
RESUMEN.....	xv
ABSTRACT.....	xvii
INTRODUCCIÓN.....	xix
CAPÍTULO I.....	1
ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática.....	1
1.1.2. Descripción del problema.....	5
1.1.3. Formulación del problema.....	6
1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.2.1. Justificación teórica.....	6
1.2.2. Justificación técnica- práctica.....	7
1.2.3. Justificación científica.....	8
1.2.4. Justificación jurídica.....	8
1.2.5. Justificación institucional o personal.....	9
1.3. OBJETIVOS.....	9
1.3.1. General.....	9
1.3.2. Específicos.....	9
1.4. DELIMITACIÓN.....	10
1.4.1. Delimitación espacial o geográfica.....	10
1.4.2. Delimitación Temporal.....	11
1.4.3. Delimitación temática.....	11
1.4.4. Delimitación teórica.....	11
1.5. HIPÓTESIS.....	12
1.6. CATEGORÍAS.....	12
1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN.....	13
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue.....	13
A. Básica.....	13

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación	13
A. Explicativa- causal.....	13
B. Propositiva.....	14
1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan.....	15
A. Cualitativo	15
1.8. MÉTODOS.....	15
1.8.1. Métodos genéricos	15
A. Método deductivo -inductivo	15
B. Método Analítico-sintético	16
C. Método Comparativo	16
1.8.2. Métodos jurídicos	17
A. Dogmático jurídico	17
B. Método hermenéutico jurídico.....	18
1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	19
1.9.1. Técnicas	19
A. Recopilación documental	19
B. Análisis de contenido.....	19
1.9.2. Instrumentos.....	19
A. Ficha de recopilación documental	19
B. Ficha de análisis de contenido	20
1.10. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN	20
A. Interpretación y análisis de datos.....	20
B. Discusión.....	20
1.11. POBLACIÓN, MUESTRA, UNIDAD DE ANÁLISIS Y UNIDADES DE OBSERVACIÓN	20
1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	21
CAPÍTULO II.....	23
MARCO TEÓRICO	23
2.1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	23
2.1.1. Constitución rígida	25
2.1.2. Garantía jurisdiccional de la Constitución.....	26
2.1.3. Fuerza vinculante de la Constitución	26

2.1.4.Sobre interpretación de la Constitución	27
2.1.5.Aplicación directa de las normas constitucionales	28
2.1.6.Interpretación conforme de las leyes	28
2.1.7.Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas	30
2.2. MARCO EPISTEMOLÓGICO	31
2.3. TEORÍA DE LA REPARACIÓN CIVIL.....	38
2.3.1.Concepción	38
2.3.2.Enfoque tradicional	39
2.3.3.Enfoque especial	40
2.3.4.Visión victimológica	41
2.3.5.Funciones de la reparación civil.....	43
2.3.6.Contenido de la reparación civil.....	48
2.3.7.Categorías de resarcimiento de la responsabilidad civil	52
2.3.8.Elementos para establecer la responsabilidad civil.....	58
2.3.9.Determinación del monto de la reparación civil	68
2.3.10. Principios rectores del resarcimiento de daños y perjuicios.....	72
2.4. TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD.....	79
2.4.1.Concepción	79
2.4.2.Legitimidad en términos políticos	80
2.4.3.Legitimidad en términos jurídicos	83
2.4.4.La legitimidad en el Estado democrático constitucional	91
2.5. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS.....	95
2.5.1.Etimología	95

2.5.2.Importancia de los principios	97
2.5.3.Funciones de los principios jurídicos	98
2.5.4.Los principios como relación razonada.....	105
2.5.5.Los principios jurídicos como estándares de Ronald Dworkin.....	107
2.5.6.Los principios como mandatos de optimización de Robert Alexy.....	109
2.5.7.Los principios jurídicos como normas de carácter muy general de Manuel Atienza.....	111
2.6. TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO	113
2.6.1.Etimología	113
2.6.2.Fundacionalismo y Coherentismo en el derecho	114
2.6.3.El problema del conflicto de normas o antinomias.....	117
2.6.4.Clasificación de las antinomias	121
2.6.5.Criterios de resolución de las antinomias	130
2.7. TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	138
2.7.1.Concepción	138
2.7.2.Antecedentes	139
2.7.3.Elementos o presupuestos de la seguridad jurídica.....	143
2.7.4.Importancia de la seguridad jurídica	145
2.7.5.La seguridad jurídica como valor o como principio.....	146
2.7.6.La Constitución peruana de 1993 y el principio de seguridad jurídica.....	150
CAPÍTULO III.....	153
CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	153
CAPITULO IV	206
PROPUESTA LEGISLATIVA DE MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 47.2 DEL	

ARTICULO 47 DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1326	206
4.1. PROYECTO DE LEY	206
CONCLUSIONES	214
RECOMENDACIONES	216
LISTA DE REFERENCIAS.....	217

LISTA DE ABREVIACIONES

A Priori	: De lo anterior
C.C.	: Código Civil
C.P.C.	: Código Procesal Civil
C.P.	: Código Penal
Const.	: Constitución Política del Perú
CIDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
D.Leg.	: Decreto Legislativo
IDEHPUCP	: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú
L.O.P.J.	: Ley Orgánica del Poder Judicial
L.O.M.P.	: Ley Orgánica del Ministerio Público
M.P.	: Ministerio Público
NCPP	: Nuevo Código Procesal Penal
SDJE	: Sistema de Defensa Jurídica del Estado
T.C.	: Tribunal Constitucional
UNMSM	: Universidad Nacional Mayor de San Marcos
V. gr.	: Por ejemplo

GLOSARIO

Alterum non laedere. Este principio, deriva de la expresión “*alterum non laedere*”, la cual fue consagrada por el jurista romano Ulpiano como uno de los tres “*iuris praecepta*”, y se traduce como el deber de no dañar a nadie. Ulpiano utilizará el verbo “*laedere*” y no así la palabra “*damnare*” tomando en consideración que nosotros traducimos el vocablo “*laedere*” como “dañar”; y el aforismo *laedere*, que se forma a partir de la raíz indoeuropea *le- y es traducida al español como sinónimo de “dañar”, pero en realidad, en su primera acepción, tiene el sentido de luchar, enfrentar, chocar bruscamente, como los carneros que golpean una y otra vez sus cabezas. Justamente la expresión *laedere* expresa la idea de los litigantes que se enfrentan uno a otro, que chocan entre sí sus intereses contrapuestos, a la espera de que el *ius* reestablezca a cada uno su posición “*iusta*”. Alfredo Di Pietro - Estudio Jurídico Di Pietro.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación está enmarcado en el principio de íntegra reparación del agraviado, por cuanto, este principio se ve vulnerado por aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 en los delitos de corrupción, al establecer 50% de la reparación civil para el Ministerio de Justicia y 50% para la entidad agraviada; actualmente prescrito en el numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, que mantiene que el 50% de la reparación civil será para el Ministerio de Justicia, desnaturalizando con ello la verdadera naturaleza de la reparación civil, que tiene como finalidad preeminente la reparación integral a la víctima del delito.

Esta situación nos lleva a que la víctima no es reparada íntegramente, dado que la reparación civil incluye la restitución del bien y la indemnización, con ello, la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 en los delitos de corrupción (hoy Decreto Legislativo N.º 1326), no solo otorga al Ministerio de Justicia la restitución del bien, sino también la indemnización por los daños ocasionados a la víctima del delito, vulnerando con ello el principio de íntegra reparación del agraviado. De esta forma, en el presente trabajo, se pretende contestar la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de la reparación civil en el proceso penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 en delitos de corrupción?

La investigación es básica, de enfoque cualitativo no experimental, con desarrollo explicativo- causal y propositivo. Los métodos utilizados fueron: Genéricos (inductivo-deductivo, analítico-sintético y comparativo) y Jurídicos

(dogmático y hermenéutico). Las técnicas utilizadas fueron: recopilación documental, y análisis de contenido; los instrumentos fueron ficha de recopilación documental y ficha de análisis de contenido, todos ellos permitieron hacer posible explicar las categorías jurídicas de la presente investigación, a partir de la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia, las cuales permitieron tener una base sólida de cada categoría planteada en la investigación.

Palabras clave: Principio de íntegra reparación, reparación civil, víctima del delito, delitos de corrupción.

ABSTRACT

This research work is framed in the principle of full reparation of the injured party, since this principle is violated by application of the third complementary provision of Legislative Decree No. 1068 in crimes of corruption, by establishing 50% of the civil reparation for the Ministry of Justice and 50% for the aggrieved entity; currently prescribed in numeral 47.2 of article 47 of Legislative Decree No. 1326, which maintains that 50% of civil damages will be for the Ministry of Justice, thereby distorting the true nature of civil damages, which has as its preeminent purpose comprehensive reparation to the crime victim.

This situation leads us to the fact that the victim is not fully repaired, since civil reparation includes the restitution of the property and compensation, with it, the third complementary provision of Legislative Decree No. 1068 in crimes of corruption (today Legislative Decree N. ° 1326), not only grants the Ministry of Justice the restitution of the property, but also compensation for the damage caused to the victim of the crime, thereby violating the principle of integrating reparation for the victim. In this way, in this work, it is intended to answer the following question: What are the legal bases that determine the denaturalization of the purpose of civil reparation in the criminal process from the application of the third complementary provision of the Legislative Decree # 1068 in corruption offenses?

The research is basic, with a qualitative non-experimental approach, with explanatory-causal and purposeful development. The methods used were: Generic (inductive-deductive, analytical-synthetic and comparative) and Legal (dogmatic and hermeneutical). The techniques used were: documentary

compilation and content analysis; the instruments were a document compilation sheet and a content analysis sheet, all of them made it possible to explain the legal categories of this research, based on doctrine, regulations and jurisprudence, which allowed having a solid basis for each category raised in the investigation.

Keywords: *principle of full reparation, civil reparation, crime victim, corruption offenses.*

INTRODUCCIÓN

El artículo 93 del Código Penal prescribe que la reparación civil comprende: “La restitución del bien o, si no es posible el pago de su valor; y, la indemnización de los daños y perjuicios”; *prima facie*, se observa en abstracto que en el ámbito penal la reparación civil está constituida por dos elementos importantes, como son la restitución del bien y la indemnización, de los cuales la víctima es titular, por cuanto, es la directamente ofendida por el delito proveniente de la acción ilícita, lo que engloba directamente al principio de íntegra reparación del agraviado, principio, que está en la capacidad de proteger a la víctima y dejar las cosas al estado anterior al que se encontraba antes de sufrir la acción dañina.

La situación, es que en el proceso penal la norma adjetiva prevé de manera general quien es considerado agraviado, al prescribir en el artículo 94 del Código Procesal Penal que “se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. (...)”; *per se*, se advierte que la reparación civil tiene que solicitar aquel que directamente sufrió las consecuencias del delito; en tanto, el artículo 98 del mismo cuerpo de leyes prescribe que: “la acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, (...)”. La norma procesal penal, es clara al prescribir que la acción reparatoria deberá ser ejercitada (solicitada), por quien verdaderamente sufrió el delito o sus consecuencias.

Sin embargo, la norma del Decreto Legislativo N.º 1068, específicamente en la tercera disposición complementaria prescribía que la reparación civil en los delitos de corrupción será 50% para la entidad agraviada y 50% para el Ministerio de Justicia; digo prescribía, porque fue derogada por el Decreto Legislativo N.º

1326 y el Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, Decreto Supremo N.º 018-2019-Jus (vigente desde el 23 de noviembre de 2019), que mantiene intacta la esencia de la reparación civil al establecer en su artículo 47 numeral 47.2 que “la reparación civil que deba pagarse a favor del Estado, en casos donde no pueda determinarse la entidad agraviada, el 50% es destinado al Tesoro Público y el otro 50% se destina al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Situación, que evidencia un conflicto de normas entre el artículo 98 del CPP y la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, hoy Decreto Legislativo N.º 1326, porque mantiene el 50% de la reparación civil para el Ministerio de Justicia, respecto a la reparación íntegra de la víctima; con ello, la última norma en comento vulnera el principio de reparación integral, en consecuencia, desnaturaliza la finalidad de la reparación civil, que tiene como objeto reparar lo íntegro de lo dañado a la víctima del delito. El presente trabajo de investigación se desarrolló teniendo en cuenta los siguientes capítulos: En el capítulo I, se desarrolla aspectos relacionados con la metodología que fue empleada para el desarrollo del presente, recurriendo a métodos genéricos y métodos jurídicos.

En el capítulo II, se desarrolla aspectos relacionados con el marco teórico, dentro del cual se desarrolla de manera general al Estado constitucional de Derecho; el marco epistemológico, enmarcado desde una perspectiva Postpositivista; posteriormente, se desarrolla las teorías doctrinarias y jurisprudenciales relacionadas a la reparación civil, dentro de esta el principio de íntegra reparación del agraviado; la legitimidad; los principios jurídicos; la validez jurídica y la seguridad jurídica.

En el capítulo III se desarrolla la contrastación de hipótesis, la misma que se argumenta desde el ámbito constitucional, basado en la omnipresencia de la Constitución y la omnipotencia judicial.

En el capítulo IV se presenta una propuesta Legislativa del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326 en la misma que se propone la modificación respecto a la indemnización en los delitos de corrupción, lo cual debería ser 50% para el Ministerio de Justicia y 50% para la Entidad agraviada, quedando la restitución del bien en su totalidad para la entidad agraviada.

Finalmente se presentan las conclusiones, las recomendaciones y las referencias.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

Las normas sustantivas y adjetivas deben responder a un control constitucional, control que es ejercido por el poder judicial, para determinar si la medida *infraconstitucional* que restringe un derecho fundamental es proporcional; ello implica, que el Legislador determina el marco legislativo de la medida *infraconstitucional* y refleja lo que le parece a el apropiado; sin embargo, “el control judicial no pretende y no debe ser usado para remplazar ese marco legislativo por un nuevo marco judicial” (Barak, 2017, p. 433). Por el contrario, el objeto o la finalidad principal del control judicial es mucho más específico, dado que está diseñado para examinar la constitucionalidad del marco original determinado por el legislador. Vale decir, que las decisiones tomadas por el Juez deben estar determinadas teniendo en cuenta lo normado en la Constitución, controlando y limitando el poder absoluto de los poderes públicos del Estado.

Por lo tanto, la premisa básica del control judicial es que la función legislativa debe ser desempeñada por el Legislador. De esta manera, el Juez no debe sustituir las consideraciones del Legislador por las suyas propias. En síntesis, el juez ejerce el control judicial examinando la constitucionalidad de la medida, no su sabiduría del Legislador. En efecto, en una democracia constitucional, no permite

al poder legislativo y ejecutivo, tener la última palabra en relación a la legalidad o la constitucionalidad de sus propias acciones. De hecho, la separación de poderes no otorga a ninguna rama del poder público “poder absoluto” sobre su propio dominio. (Barak, 2017) Por el contrario, de acuerdo con el principio de “control” que constituye la característica de la moderna interpretación de separación de poderes, el poder judicial es la única rama del poder público que la Constitución le ha confiado la tarea de tener la última palabra en relación a la legalidad y a la constitucionalidad de los actos llevados a cabo por las demás ramas del poder público.

La constitucionalidad de la determinación adoptada por el Legislador, le corresponde a aquello sobre lo cual el Juez debe decidir, teniendo como base la Constitución; es decir, si esa determinación adoptada por el Legislador es constitucional y es precisamente por esa razón que el Juez “interviene” a través del control de la legislación y determina si esta es constitucional.

Por ello, en un Estado democrático constitucional predomina la Constitución, como reguladora (entre otros aspectos) de los derechos fundamentales, así como de diseñar mecanismos de protección de toda la normatividad, convirtiéndose en la razón de ser del Derecho y de todo el ordenamiento jurídico; por lo que, cuando se lesiona o se pone en peligro un bien jurídico tutelado por la medida *infraconstitucional*, es la Constitución la norma fundamental que interviene para protegerlo; tal como sucede con la reparación civil en los delitos de corrupción a causa de la comisión de un delito,

que la reparación se desnaturaliza por un tercer interviniente. Ello implica, que la reparación debe ser íntegramente para la víctima del delito, teniendo en cuenta que fue directamente ofendida por la acción ilícita del agente activo, por cuanto la víctima es titular de la reparación; por ello, le corresponde solicitar íntegramente la restitución del bien y la indemnización por los daños causados.

En efecto, según el Derecho Procesal Penal se sanciona al imputado y se determina la reparación para la víctima del delito. La reparación civil, según el artículo 93 del Código Penal comprende “la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios”. *Prima facie*, se advierte que la reparación civil tiene dos elementos (restitución e indemnización) que determina el resarcimiento del bien y tiene como finalidad preeminente la reparación integral a la víctima; por lo tanto, la razón de ser de la reparación civil es la víctima, hecho que se da con la íntegra reparación hacia la persona o la institución afectada por el ilícito penal.

Sin embargo, aparece el Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 en delitos de corrupción, en la cual prescribía en su tercera disposición complementaria que la reparación civil será “50% para la parte agraviada y 50% para el Ministerio de Justicia” (hoy derogada por el Decreto Legislativo N.º 1326); la situación, es que este Decreto Legislativo tiene como finalidad según exposición de motivos, que el cobro de las reparaciones civiles está a cargo de los Procuradores Públicos

especializados provenientes de los delitos de corrupción y terrorismo que estén contempladas en cualquier otra norma complementaria a dichas materias, reparaciones que deben ser asumidas necesariamente por el Procurador Público especializado en delitos de corrupción y por el Procurador Público especializado en delitos de terrorismo, respectivamente.

Esta medida legislativa vulnera el principio integral de la víctima, porque no es proporcional; dado, que otorga al Ministerio de Justicia la mitad de la reparación civil sin haber sufrido las consecuencias del delito. Ante ello, el artículo 94 del CPP refiere de manera general que se considera agraviado a todo aquel que resulte ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo; mientras que el artículo 98 del mismo cuerpo adjetivo prescribe que: “la acción reparatoria en el Proceso Penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicada por el delito”. Como se puede evidenciar, esta última medida *infraconstitucional* es proporcional, por cuanto, refiere que la acción reparatoria solo es ejercitada por quien resultó perjudicada por el delito.

Por lo tanto, esta norma (art. 98 CPP) es proporcional, dado, que facultad a solicitar la reparación solo aquel que sufrió las consecuencias del delito; sin embargo, se evidencia un conflicto de normas (art. 98 CPP y la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, hoy derogada 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326), pero mantiene la esencia de la reparación civil la mitad para el Ministerio de Justicia, dado, que la

primera norma es proporcional y la segunda no, y como consecuencia vulnera el principio de la íntegra reparación del agraviado y desnaturaliza las funciones de la reparación civil.

1.1.2. Descripción del problema

El Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068, indicaba en la tercera disposición complementaria que la reparación civil que deba pagarse a favor del Estado, en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción, se pagará 50% a favor de la entidad agraviada y 50% a favor del Ministerio de Justicia; lo mismo establece el numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326 que el 50% de la reparación civil es destinada para el Ministerio de Justicia; la situación, es que la reparación civil según el artículo 93 del Código penal incluye, “la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor, y la indemnización de los daños y perjuicios”. Entonces, una institución que recibe como reparación una determinada cantidad, por haber sido afectada directamente mediante un acto ilícito; al momento de sentenciar dicha reparación civil, recibe un porcentaje menor, a partir de la cual la mitad de la reparación civil sería para la institución afectada y la otra mitad para el Ministerio de Justicia, lo cual es inconsistente, dado, que la institución afectada no recibiría la totalidad de la reparación, por intromisión de los procuradores públicos al solicitar la mitad de la reparación. Reparación, que es otorgada por la medida *infraconstitucional*, con ello se desnaturaliza la verdadera naturaleza de la reparación civil y como consecuencia se vulnera el principio

integral de la víctima.

1.1.3. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de la reparación civil en el proceso penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 en delitos de corrupción? (hoy numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326).

1.2. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo se justifica por las siguientes razones:

1.2.1. Justificación teórica

La finalidad de la presente investigación, con relación a la reparación civil en el proceso penal en los delitos de corrupción; se justifica, porque permitió en base a la doctrina y a las normas vigentes respecto al tema de investigación, evidenciar el conflicto de normas entre la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del artículo 47 del D. Leg. N.º 1326), con el artículo 98 del Código Procesal Penal de 2004; dado, que por un lado la primera norma en comento, considera agraviado al Ministerio de Justicia, sin haber sufrido las consecuencias del delito y por ende le corresponde reclamar la mitad de la reparación civil en los delitos de corrupción; y por otro lado, tenemos al artículo 98 del Código Procesal Penal de 2004, en la que prescribe que la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito; de ello se evidencia que esta última

norma es acorde con la Constitución, dado que prescribe que la reparación le corresponde solicitar al que verdaderamente sufrió las consecuencias del delito, como tal, es titular de la reparación. Evidenciándose, claramente la desnaturalización de la reparación civil y como consecuencia se vulnera el principio de la íntegra reparación del agraviado.

1.2.2. Justificación técnica- práctica

Esta investigación, se realiza porque existe la necesidad de modificación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del artículo 47 del D. Leg. N.º1326). A pesar que existen muchos trabajos respecto a la desnaturalización de la reparación en los procesos tanto civiles como penales; pero no hay un estudio explícito o no se especifica con claridad cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de la reparación civil en el proceso penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068, hoy numeral 47.2 del artículo 47 del D. Leg. N.º1326 en delitos de corrupción: Por ello, al no existir estudios de manera específica respecto a los fundamentos jurídicos que desnaturalizan la reparación civil en los delitos de corrupción; fue necesario su investigación y así poder determinar los fundamentos jurídicos del estudio de investigación, lo cual nos permitió proponer la modificación legislativa actualmente del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º1326.

1.2.3. Justificación científica

Los afectados respecto a reclamar la reparación en un proceso penal en los delitos de corrupción, están amenazados por las antinomias o conflicto de normas, la indeterminación del derecho, el positivismo jurídico o legalista; por cuanto, el operador de justicia al momento de resolver la controversia, solo aplica la norma de manera subsuntiva, dejando de lado muchas veces la argumentación e interpretación extensiva de la norma, existiendo una desproporcionalidad al momento de emitir una sentencia firme; en efecto, en esta investigación se analiza la importancia de la víctima respecto a la reparación civil. La utilidad de esta investigación radica en la profundización del estudio constructivo de fundamentos jurídicos que determinen la desnaturalización de la reparación civil; teniendo como finalidad que no se vulnere el derecho a la íntegra reparación del agraviado.

1.2.4. Justificación jurídica

La justificación jurídica permitirá, poner de conocimiento a los órganos de control, a quienes el Estado les da la facultad de administrar justicia, y además a toda la comunidad jurídica respecto al problema de la desnaturalización de la reparación civil en el proceso penal por aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 en delitos de corrupción (actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del D. Leg. N.º1326).

1.2.5. Justificación institucional o personal

Con los resultados obtenidos del presente estudio de investigación, los órganos de control de la administración pública, podrán tomar conocimiento como se desnaturaliza la reparación civil en el proceso penal, por aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, hoy numeral 47.2 del artículo 47 del D. Leg.N.º1326 en los delitos de corrupción, por cuanto, existe contradicción normativa con el artículo 98 de. CPP, respecto al titular de la reparación civil; por ello, que actualmente después de la derogatoria se propuso la modificación legislativa del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º1326, y de esta forma, evitar que se vulnere el principio fundamental de la responsabilidad civil como es la reparación integral de la víctima y los principios de proporcionalidad y razonabilidad dentro de un proceso penal.

1.3. OBJETIVOS

1.3.1. General

Establecer los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de la reparación civil en el proceso penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 en delitos de corrupción.

1.3.2. Específicos

- A.** Explicar el principio de íntegra reparación del agraviado en el ámbito penal en función a las normas que rigen la reparación civil.
- B.** Analizar la legitimidad del Ministerio Justicia como destinatario

de la reparación civil en delitos de corrupción.

- C.** Analizar la relación entre la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 y los principios de Proporcionalidad y Razonabilidad en el ámbito penal.
- D.** Determinar el conflicto de normas entre el artículo 98 del Código Procesal Penal y la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 y sus alternativas de solución.
- E.** Determinar la garantía de la seguridad jurídica.
- F.** Diseñar una propuesta Legislativa de modificación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 (actualmente el numeral 47.2 del Decreto Legislativo N.º 1326).

1.4. DELIMITACIÓN

1.4.1. Delimitación espacial o geográfica

En el ámbito espacial, el trabajo de investigación se delimita al contexto nacional, con el objetivo principal de que los resultados ayuden a los órganos de control de la administración pública al momento de emitir una sentencia firme, estos lo hagan de manera coherente teniendo en cuenta la norma constitucional y legal respectivamente, para no vulnerar el derecho de la íntegra reparación del agraviado.

1.4.2. Delimitación Temporal

Teniendo en cuenta el tipo de investigación no tiene limitación en el tiempo, pero es necesario considerar desde la promulgación del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 (hoy Decreto Legislativo N.º 1326), hasta la actualidad del Código Procesal Penal vigente.

1.4.3. Delimitación temática

El tema de investigación en el presente trabajo es específicamente la desnaturalización de la reparación civil en los delitos de corrupción, prescrito en la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del D.Leg N.º1326 y el artículo 98 del Código Procesal Penal; concordante, con los artículos 93 del Código Penal y el artículo 94 del CPP.

1.4.4. Delimitación teórica

En el presente trabajo de investigación, existen diversas teorías que explican la coherencia normativa; pero este trabajo, se enfoca en la teoría de Ronald Dworkin, en la que arraigó un Estado Constitucional, basado en el Coherentismo, dejando de lado el Fundacionalismo; “lo cual hacía frente a cuestiones planteadas con agudeza en el curso del proceso de implantación del positivismo jurídico, es decir una teoría descriptivista del sistema jurídico como un conjunto de normas convencionales creadas mediante decisiones” (Pérez Bermejo, 2006, p. 17). En cambio, el Coherentismo alude una interpretación argumentativa del derecho,

para los casos llamados difíciles, por cuanto, ya no se aplica el derecho de manera literal, sino a través de la argumentación.

1.5. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de la reparación civil en el Proceso Penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 (después de la derogatoria por aplicación del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º1326 en delitos de corrupción son:

- A.** La vulneración del Principio de la íntegra reparación del agraviado en el ámbito penal en función a las normas que rigen la reparación civil.
- B.** La transgresión de la naturaleza de la reparación civil al tener como destinatario de la misma al Ministerio de Justicia.
- C.** La vulneración del principio de proporcionalidad y razonabilidad
- D.** La existencia del conflicto de normas entre el artículo 98 del Código Procesal Penal y la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 (actualmente artículo 47 numeral 47.2 del D. Leg. N.º 1326); y
- E.** La vulneración de la seguridad jurídica.

1.6. CATEGORÍAS

Por su naturaleza en la presente investigación se consideran las siguientes categorías:

- A.** Desnaturalización de la reparación civil.

- B.** Sistema de Defensa Jurídica del Estado.
- C.** Delitos de corrupción.
- D.** Vulneración del principio de la íntegra reparación del agraviado.
- E.** Vulneración del principio de proporcionalidad y razonabilidad.
- F.** Existencia del conflicto de normas.
- G.** La garantía de la seguridad jurídica.

1.7. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

Es una investigación básica, porque se tuvo como objeto la obtención y recopilación de información; luego, se construyó una base de conocimiento que se fue agregando a la información previa existente; dado que, una investigación básica es aquella que “tiene pretensiones de universalidad en sus resultados, pero depende en el proceso de investigación de una serie de condiciones como las teorías, las mediciones y la negación de fines de transformación del objeto fáctico de estudio en la propia investigación” (Rodríguez Serpa, 2014, p. 8).

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Explicativa- causal

El presente trabajo de acuerdo a su diseño es una investigación no experimental, porque no se manipulan variables; de estudio explicativo, porque trató de explicar cómo se desnaturaliza la reparación civil por aplicación de la tercera disposición

complementaria del D. Leg. N.º 1068, hoy numeral 47.2 del artículo 47 de Decreto Legislativo N.º 1326, a partir de los conocimientos jurídicos, dogmáticos, doctrinarios y jurisprudenciales; por cuanto, trató de “encontrar una explicación del fenómeno en cuestión, lo cual buscó establecer, de manera confiable, la naturaleza de la relación entre uno o más efectos o variable dependientes y una o más causas o variables independientes” (Cazau, 2006, p. 28). En la presente investigación, se intentó explicar por qué ocurren, o, si se quiere, por qué dos normas del mismo rango son contradictorias y están relacionadas respecto a la reparación civil; este tipo de investigación, va más allá de la simple descripción de la relación entre conceptos, y estuvo dirigido a indagar las causas de los fenómenos, dado, que se enfocó en descubrir el porqué de un fenómeno específico, sus causas y efectos.

B. Propositiva

Es una investigación propositiva, porque nos permitió construir fundamentos jurídicos los cuales nos permitieron proponer la modificación Legislativa de la tercera disposición complementaria del D. Leg. N.º 1068 (actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326), respecto a la reparación civil; por cuanto, esta investigación implica una propuesta que mejore “las relaciones sociales a través de la regulación jurídica que se erige. Pues, no basta en este tipo de estudios con recomendar la propuesta, sino que es menester

generar y argumentar contundentemente sobre la conveniencia de la propuesta elaborada” (Tantaleán Odar, 2015, p. 12).

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativo

El presente trabajo de investigación es de enfoque cualitativo, por cuanto, no se utilizó ningún cálculo estadístico; dado que, “utilizó la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, y Baptista Lucio, 2010, p. 7).

1.8. MÉTODOS

1.8.1. Métodos genéricos

A. Método deductivo -inductivo

Es el proceso de razonamiento o raciocinio que pasa de lo universal a lo particular y viceversa, en efecto, este método consiste en obtener conclusiones particulares a partir de leyes universales. Así, en la presente investigación, se buscó con este método, explicar de manera genérica la desnaturalización de la reparación civil, teniendo como base la norma constitucional; para luego determinar cómo se desnaturaliza la reparación civil por aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, generando el conflicto normativo con el artículo 98 del CPP; por cuanto, se puede evidenciar *prima facie*, un conflicto de normas en abstracto; dado, que la reparación lo solicita un tercer interviniente en el proceso penal

(Ministerio de Justicia), que no es la parte afectada por las consecuencias del delito. Dado, que este método parte de lo universal a lo particular, por cuanto,

Se constituye a partir de la operación lógica que parte de principios admitidos generalmente como ciertos, a fin de inferir a partir de ellos conclusiones particulares. Es un proceso racional que pasa de una proposición a otras, con el objeto de llegar a una conclusión. (Daniels Rodríguez, 2011, p. 66).

B. Método Analítico-sintético

Es un proceso de razonamiento y desmembración de un fenómeno; para lo cual nos permitió descomponer la naturaleza jurídica y alcances resarcitorios de la reparación en el proceso penal; es decir, descomponer sus distintos elementos materia de análisis; y luego a través de la síntesis darle un sentido común en la cual no se desnaturalice la reparación civil, por cuanto, la presente investigación se fundó en el estudio e interpretación de la norma, la doctrina y jurisprudencia, y de esta manera se determinó la naturaleza jurídica y alcances de la reparación civil en el proceso penal en delitos de corrupción.

C. Método Comparativo

El método comparativo, es una herramienta científica de mucha utilidad, en el presente trabajo de investigación, nos permitió comparar y analizar dos normas reglas de dos Decretos Legislativos del mismo rango que entran en contradicción respecto a la reparación civil, y en base a esta comparación se elaboró las conclusiones del tema en estudio; lo cual nos permitió proponer la modificación legislativa de la tercera

disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (después de la modificatoria nos permitió proponer la modificación del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326) respecto a la reparación civil en los delitos de corrupción; por cuanto, nos facilitó la libertad de poder estudiar dos o más objetos sujetos o fenómenos, simultáneamente con el objeto de poder aportar conocimiento científico al determinar similitudes, diferencias o inferir y verificar hipótesis de un problema de investigación para establecer descripciones y explicaciones y enriquecer el conocimiento del fenómeno en cuestión (Gómez Díaz De León y De León De La Garza, 2014, p. 250).

1.8.2. Métodos jurídicos

A. Dogmático jurídico

En el presente trabajo de investigación se utilizó el método dogmático- jurídico, porque se analizó las normas del tema de investigación basado en un estudio crítico, dentro de ellos la tercera disposición complementaria del D. Leg. N.º 1068, con los artículos 98 y 94 del CPP respecto a la reparación civil y determinar quien es considerado agraviado, recurriendo a la doctrina y la jurisprudencia; la finalidad, de esta investigación es darle seguridad jurídica a esta institución como es la reparación civil; dado, que la dogmática jurídica se interpreta de modo directo con el ordenamiento jurídico sin interesar su aplicación o sus fundamentos valorativos, es decir, se persigue de manera

directa con el derecho objetivo puro no el aplicado, por cuanto, su estudio es meramente teórico y se hace en base a abstracciones. Dado, que en “dichas abstracciones el investigador puede cuestionar las normas jurídicas anticipándose a posibles supuestos, proponiendo la dación, modificación o supresión de tales normas. Por ello también, gracias a estas abstracciones el investigador podrá proponer fórmulas normativas a aplicarse en su medio” (Tantaleán Odar, 2016, p. 5).

B. Método hermenéutico jurídico

Este método nos permitió conocer, analizar, interpretar, relacionar y explicar, la coherencia normativa referente a la institución jurídica de la reparación civil en la legislación nacional como comparada, y en base a ello construir fundamentos jurídicos para elaborar una propuesta legislativa de modificación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326), en el sentido de que se desnaturaliza la reparación civil; es decir, se interpreta “la norma objetiva que se encuentra plasmada como un texto y, como tal, al interpretarlo es particularmente partícipe de las potencialidades lingüísticas aclarativas de todo texto y que la pre-comprensión del intérprete ofrece; Pre-juicios y pre-comprensión, Texto y contexto” (López Bello, 2010, pp. 109-110).

1.9. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas que se utilizó en el presente trabajo de investigación, para obtener la información necesaria de nuestra investigación, así como para la recopilación, selección, análisis e interpretación de datos, fueron las siguientes:

1.9.1. Técnicas

A. Recopilación documental

A esta técnica también se le denomina análisis de registro documental. En el presente trabajo, esta técnica nos permitió recoger información documental más relevante respecto a los elementos sustentatorios del objeto de estudio; dado, que permitió seleccionar y sistematizar, información contenida en la doctrina y las normas legales y constitucionales.

B. Análisis de contenido

Es una técnica, que nos permitió describir sistemáticamente la forma y el fondo de la presente investigación, teniendo en cuenta, la interpretación de textos del tema de investigación, ya sean escritos o grabados pero apoyados en el instrumento de cuadro de registro y clasificación de las categorías.

1.9.2. Instrumentos

A. Ficha de recopilación documental

Se utilizó preferentemente las fichas virtuales, las cuales sirvieron para registrar y seleccionar la información más relevante de la doctrina respecto a la desnaturalización de la reparación civil en el proceso penal a partir de la aplicación de la

Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 en delitos de corrupción (hoy Decreto Legislativo N.º 1326).

B. Ficha de análisis de contenido

Se utilizó para analizar los textos escritos o grabados respecto del tema de investigación teniendo en cuenta la doctrina, lo cual sirvió para seleccionar los textos más importantes respecto de la reparación civil y el principio de íntegra reparación del agraviado.

1.10. TÉCNICAS DE PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN

A. Interpretación y análisis de datos

Los datos obtenidos son interpretados y analizados en relación al marco teórico del presente trabajo.

B. Discusión

Se realizó en base a la interpretación, análisis de datos y las bases teóricas, y de esta forma se determinó las conclusiones de la investigación de acuerdo a la hipótesis planteada.

Para la contrastación de la hipótesis se utilizó la concretización del derecho, basado en la argumentación, tanto legal como constitucional; y de esta manera, se propuso la modificación del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º1326, teniendo como base la construcción de fundamentos jurídicos.

1.11. POBLACIÓN, MUESTRA, UNIDAD DE ANÁLISIS Y UNIDADES DE OBSERVACIÓN

En el presente trabajo de investigación no se aplica por tratarse de un estudio dogmático, dado, que se propone una modificación del numeral

47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º1326.

1.12. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Luego de haber realizado la búsqueda en el ciberespacio, así como en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) de la Superintendencia Nacional de Educación Universitaria – SUNEDU, no se encontraron trabajos de investigación de manera específica respecto a los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de a reparación en el proceso penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementara del Decreto Legislativo N.º 1068, actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º1326, en delitos de corrupción; sin embargo, es necesario resaltar la tesis de Postgrado titulada “El derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos y el Código Procesal Penal Peruano”, presentada en la Universidad Nacional de Trujillo por, Mori León (2014), para optar el grado académico de Doctora en Derecho y Ciencias Políticas, en la misma que como conclusiones indica:

Que, en el proceso penal, a las víctimas del delito se les vulnera su derecho al resarcimiento del daño sufrido a consecuencia de un delito, por carencia normativa, por interposición de una mínima pena, extinción de la reparación civil y limitada; además, indica que, con respecto al derecho de resarcimiento del daño sufrido por las víctimas de delitos, los artículos existentes tratan sobre un concepto de víctima, los derechos que le corresponde de manera empírica, la definición de la reparación civil, etc., pero no especifican la forma y modo en que se debe cumplir y exigir el cumplimiento del pago de la reparación por parte del sentenciado; agrega

que, los magistrados son conscientes que las víctimas no tienen conocimiento cómo hacer valer su derecho al resarcimiento del daño sufrido y proponen que debe implementarse un Ministerio de defensa para la víctima del delito que además permitiría que las víctimas hagan valer sus propios derechos.

En otra de sus conclusiones indica que, a pesar de existir mecanismos que garantizan el pago de la reparación, tal como las medidas cautelares, éstas no se aplican, vulnerando así el derecho al resarcimiento del daño; y como consecuencia de ello, la reparación civil en el proceso penal, en la mayoría de los casos no se llega a cumplir (pp. 127-128).

Como se puede evidenciar, las conclusiones solo hacen referencia a que las víctimas del delito no son resarcidas en su totalidad, dado, que no hay norma específica que hagan valer su derecho al resarcimiento. De manera genérica la autora habla de las víctimas del delito, pero no refiere en ningún párrafo respecto de las víctimas en los delitos de corrupción; en efecto, con el presente trabajo se ha determinado cómo se desnaturaliza la reparación civil en el proceso penal en delitos de corrupción por aplicación literal del numeral 47.2 del artículo 47 de Decreto Legislativo N.º 1326, por ello fue necesario su investigación, porque dicha norma vulnera el principio de íntegra reparación del agraviado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

La transformación del Estado legal al Estado Constitucional de derecho, surge como consecuencia de muchos años de lucha por la democracia, pasando de un gobierno de los hombres, a un gobierno de las leyes hasta llegar al gobierno de la Constitución; ello implica, según Riccardo Guastini (2001), que un Estado constitucional, o provisto de Constitución, si, y solo si, debe satisfacer dos condiciones necesarias: primero, garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y sus relaciones con el Estado. Dado que “los derechos fundamentales no son meramente derechos subjetivos frente al Estado. Ellos constituyen también valores constitucionales objetivos” (Barak, 2017, p. 466). Y, segundo, la separación de poderes (poder Legislativo, poder ejecutivo o de gobierno y el poder judicial); en efecto, según Barak (2017), el principio de separación de poderes en un Estado constitucional, es evitar la concentración de demasiado poder en manos de una única rama del poder público, de tal forma que se pueda pisotear la libertad y llevar a cabo actos ilegales sin que las otras ramas del poder público puedan intervenir.

Además, la separación de poderes implica que cada rama es libre de operar en su campo, siempre y cuando lo haga de acuerdo con los requerimientos constitucionales. No obstante, la separación de poderes no es un permiso otorgado por la Constitución para que cada una de las ramas del poder público viole la ley. Porque, cada rama del poder cumple una función principal y está determinada sea implícita o explícitamente por la

Constitución. Así el poder legislativo cumple la función de legislar, el poder ejecutivo la función de ejecutar y el poder judicial la función de juzgar.

Por lo tanto, en un Estado constitucional todo sistema jurídico debe estar sujeto a la Constitución, que se constituye como un principio de omnipresencia en todas las áreas jurídicas, por el carácter vinculante, la supremacía o superioridad jerárquica de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, la eficacia y aplicación inmediata, la garantía jurisdiccional de la Constitución, su denso contenido normativo y la rigidez constitucional.

Empero, en el Estado Legislativo de Derecho (positivismo jurídico) la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre “cómo” decir el derecho. En tanto, en el Estado Constitucional de Derecho (constitucionalismo jurídico), además de las reglas sobre cómo decir el derecho, se establecen reglas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir. (Ferrajoli, 2002) En efecto, “Este sistema de normas por encima de la ley (meta-legales) dirigidas a los poderes públicos y, antes que nada, al legislador, constituyen en conjunto la Constitución” (Ruiz Molleda, 2009, p. 4).

Luigi Ferrajoli, agrega que:

El Estado Constitucional de Derecho se configura como el instrumento constituido por el conjunto de estas normas, gracias a las cuales todos los poderes se encuentran sujetos a la ley: en el doble sentido que todos los poderes, también aquellos de mayoría, sólo pueden ejercerse en las formas establecidas por las normas formales y están, además, sujetos a normas sustanciales que imponen límites y vínculos a los contenidos de sus decisiones para tutelar los derechos de todos los individuos. (2002, p. 13)

Por ello, en un Estado constitucional de Derecho, la Constitución se convirtió en el dispositivo fundamental más importante para controlar la arbitrariedad y velar por la seguridad jurídica; dado, que la Constitución es el “acuerdo de la comunidad sobre una serie de reglas fijas que obligan tanto a los detentadores como a los destinatarios del poder” (Loewenstein, 1986, p. 149). A estar sujetos a la Constitución como dispositivo fundamental, por cuanto, se convirtió como el mejor medio para dominar y evitar el abuso del poder político por parte de sus detentadores. Así, en un Estado Constitucional de Derecho todo ordenamiento jurídico debe cumplir las siete condiciones descritas por Riccardo Guastini (2001), para ser considerado como impregnados por las normas constitucionales; para ello, pasamos a describir cada una de ellas:

2.1.1. Constitución rígida

El ordenamiento jurídico tiene que contar con una Constitución rígida, porque, esta no puede modificarse por procesos ordinarios, ya que, el Estado carecería de una estabilidad política, y si el Estado no tuviese estabilidad política tendría que variar constantemente. Parafraseando a Ricardo Guastini (2001), una Constitución es rígida, porque debe estar escrita, y además porque debe estar protegida o garantizada contra la legislación ordinaria; ello implica, que sus normas constitucionales no pueden ser derogadas, modificadas o abrogadas sino es mediante un procedimiento especial de revisión constitucional, vale decir, más complejo respecto del procedimiento de formación de leyes.

Por lo tanto, una Constitución es rígida, además de ser escrita y estar protegida contra la legislación ordinaria, esta debe distinguir “dos niveles jerárquicos de legislación: la legislación ordinaria y la legislación constitucional (o de revisión constitucional). La Constitución está por encima de la legislación ordinaria, no pudiendo ser derogada, modificada o abrogada por esta” (Guastini, 2001, p. 155).

2.1.2. Garantía jurisdiccional de la Constitución

Después de haber descrito la primera condición de un Estado constitucional de derecho, es necesario que el ordenamiento jurídico cumpla con la segunda condición, que viene hacer la garantía jurisdiccional de la Constitución. Lo cual es una condición necesaria para la Constitucionalización del ordenamiento jurídico. Una Constitución, es rígida, cuando confluye “en una genuina jerarquía normativa y en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley. Se produce, además, lo que podríamos llamar reserva de Constitución, donde ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, sólo por Constitución” (Aguiló Regla, 2007, p. 667).

2.1.3. Fuerza vinculante de la Constitución

La fuerza vinculante de la Constitución se refiere a “que todos los enunciados de la Constitución se interpretan independientemente de su estructura y de su contenido como normas jurídicas aplicables que obligan a sus destinatarios a interpretar la norma constitucional en un caso concreto” (Aguiló Regla, 2007, p. 667).

En efecto, cuando hay controversia respecto a resolver un caso concreto, y la norma legal no es suficiente, o la norma no es considerada justa, o hay conflicto de normas, entonces, la controversia se resolverá, teniendo en cuenta la norma constitucional; porque, muchas veces las normas programáticas dadas por los legisladores son dadas mediante recomendaciones políticas vulnerando derechos fundamentales de los justiciables.

2.1.4. Sobre interpretación de la Constitución

La cuarta condición, es la sobre interpretación de la Constitución, en la cual el intérprete, debe argumentar mediante la interpretación extensiva, y no la interpretación literal o restrictiva al momento de resolver la controversia. Teniendo en cuenta lo dicho por Ricardo Guastini (2001), una Constitución que se interpreta literalmente, sería incompleta y que solo regularía una parte de la vida política y social. En cambio, si se hace una interpretación extensiva, se está interpretando o mejor dicho se está sobre interpretando a la Constitución, de manera que se le extrae innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política.

En tal sentido, cuando la Constitución es sobre interpretada no quedan espacios vacíos de una interpretación, es decir, libres del derecho constitucional; ello implica, que “toda decisión legislativa está pre- regulada (quizá aun minuciosamente) por una o por otra norma constitucional. Es decir, que no existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras,

no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa” (Guastini, 2001, p. 160).

2.1.5. Aplicación directa de las normas constitucionales

Las disposiciones de la norma constitucional deben ser aplicadas directamente por todos los operadores de justicia, cuando hay vacíos legales, lagunas o conflicto de normas; por cuanto, la aplicación “directa abarca no sólo las relaciones de derecho público, las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, sino también las relaciones de Derecho privado, entre ciudadanos (entre particulares)” (Aguiló Regla, 2007, p. 667).

De esto podemos inferir, que la Constitución tiene que ser aplicada directamente no solo en las relaciones de derecho público, sino también las relaciones entre particulares, “siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta sobre la base de la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley si ofrece una solución, pero tal solución parece injusta” (Guastini, 2001, p. 161).

2.1.6. Interpretación conforme de las leyes

Esta condición de interpretación conforme de las leyes, “tiene relación con la técnica de interpretación, no de la Constitución, sino de la ley” (Guastini, 2001, p. 161). En efecto; cuando un jurista del derecho aplica el texto normativo legal para la resolución de un conflicto de intereses, debe descartar todos aquellos que vulneren derechos fundamentales o sean incompatibles con la Constitución. Al respecto, Riccardo Guastini refiere que:

No existe un texto normativo que tenga un solo significado determinado antes de la interpretación. Dicho de otro modo, ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación. Por otro lado, si usamos el vocablo norma para referirnos no al texto mismo, sino a su significado podemos decir que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa. (2001, p. 161)

De esto podemos colegir, que una disposición legislativa es interpretada *in abstracto* con solo leer el texto normativo; en cambio, *in concreto* puede ser susceptible de varias interpretaciones; por ejemplo, “la primera, N1, contradice a una norma constitucional, mientras que la segunda, N2, por el contrario, es del todo conforme a la Constitución” (Guastini, 2001, p. 162).

Por ello, un Juez al momento de interpretar el texto normativo, debe elegir la interpretación correcta, eligiendo entre dos posibilidades. Primero, interpretar en cuestión de la primera norma, es decir *in abstracto* y por consecuencia, declararle inconstitucional; y, segundo, interpretar *in concreto* y considerar que es “conforme” a la Constitución. (Guastini, 2001)

Cuando nos referimos “conforme” a la Constitución, teniendo en cuenta lo dicho por Guastini (2001), que le suele llamar también, “adecuada” o “armonizante”; porque la interpretación “conforme” es aquella, que adecua y que armoniza la ley con la Constitución, pero habiendo sido interpretada por los juristas del derecho; ello implica, que se debe evitar toda contradicción entre la ley y la Constitución. Así, el efecto de la interpretación es obviamente, el de conservar la validez de una ley, o de otra manera se debería declarar inconstitucional; por cuanto, la interpretación “conforme” o

“adecuadora”, es un presupuesto muy importante para el Estado constitucional contemporáneo.

2.1.7. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas

Esta última condición de Constitucionalización no es fácil de precisar, sino que dependen de varios elementos. En resumen, el primer elemento, es el contenido mismo de la Constitución; el segundo, la postura de los Jueces y sobre todo los del tribunal constitucional; tercero, la postura de los órganos constitucionales y por último la postura de los actores políticos. (Guastini, 2001)

A. Contenido mismo de la Constitución

Dentro de esta postura, los desacuerdos políticos o conflictos de las relaciones de poder entre los órganos del Estado, son resueltos por un órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta las normas constitucionales.

B. Postura de los jueces en general y especialmente los del tribunal constitucional

Dentro de esta postura, puede ser que quien juzga la legalidad constitucional de las leyes, “puede optar por una postura de *self-restraint* (autocontrol) frente a las *political questions* (cuestiones políticas), respetando la discrecionalidad del legislador, o al contrario, puede meter en las discusiones las decisiones legislativas, aun cuando no sean claramente inconstitucionales” (Guastini, 2001, p. 163). Por ello, para argumentar, las diferencias y controlar la discrecionalidad política de los

legisladores, los Jueces constitucionales argumentan sus decisiones, basados en el principio de razonabilidad y la ponderación de los principios, cuando estos entran en conflicto.

C. Postura de los órganos constitucionales y de los actores políticos

Dentro de esta postura, tanto los órganos de control, así como los actores políticos, argumentan o justifican sus actos y decisiones, aplicando las normas constitucionales.

2.2. MARCO EPISTEMOLÓGICO

En un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución como norma fundamental versa sobre tres elementos fundamentales, como son “la limitación al poder del Estado, la garantía de derechos y la jurisdicción constitucional” (Ospina Rendón, 2014, p. 245). Ello implica, que la Constitución se concibe como una garantía de todo el ordenamiento jurídico, tanto como seguridad jurídica, así como protectora de los derechos fundamentales de la persona humana; en efecto, después de la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad se está suscitando,

Una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. Esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho o del imperio de la ley al imperio de la constitución, se ha situado también la crisis del paradigma positivista o legalista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma Postpositivista. (Aguiló Regla, 2007, p. 666)

Por cuanto, en un Estado democrático constitucional, prevalecen los principios, con naturaleza vinculante en los diferentes sistemas del derecho; ello implica, que las decisiones jurídicas de los Magistrados

ordinarios y constitucionales respecto a la resolución de un conflicto normativo estos deben priorizar los mandatos constitucionales, de tal manera que se realice una protección integral de las personas; por ello, “la Constitución no solo ofrece soluciones justas, razonables y acordes con la realidad, las exigencias y valores de nuestra sociedad, sino que es medio indispensable para la construcción del entero sistema jurídico en un sentido orgánico y completo” (Picado Vargas, 2013, p. 148).

El ordenamiento jurídico consta con una rigidez constitucional, en la cual sus disposiciones normativas no pueden ser integradas modificadas o derogadas sin el cumplimiento que la misma Constitución indica. Por cuanto, esta tiene como primer escalón de protección, la defensa de los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana, ante la arbitrariedad de los operadores de control social, a quienes el Estado les da la potestad de administrar justicia. Ello implica, que los operadores de control social cuando resuelven la controversia, no solo deben aplicar la norma regla mediante la subsunción, sino que deben tener en cuenta los valores y principios constitucionales como mandatos de optimización a través de la argumentación; además, es ineludible que en paralelo a ello, se tenga en cuenta, que con la finalidad de establecer la noción y la naturaleza del derecho, todas las teorías positivistas están limitadas a dos elementos específicos, la expedición autoritativa y a la eficacia social (Alexy, 2013). Sin embargo, las teorías no positivistas incluyen un tercer elemento, como es la corrección de contenido.

Parafraseando a Manuel Atienza (2011), hay dos pasos para diferenciar del Estado Legislativo de Derecho de un Estado contemporáneo actual, es

decir de un Estado Constitucional o Postpositivista. En primer lugar, el autor menciona que se debe explicar cuál es la función que cumple la argumentación en relación con el Derecho de los Estados contemporáneos constitucionales lo que lleva también, en último término, a plantearnos el problema de cómo el constitucionalismo actual ha modificado nuestra manera de entender y aplicar el derecho, la cual nos ha llevado, de cierta forma, a situar en un primer plano la dimensión argumentativa del Derecho, es decir, el Derecho como argumentación. En segundo lugar, refiere, que se debe entender por argumentación constitucional y por argumentación; es decir, cual es la diferencia entre las argumentaciones en sentido estricto y las argumentaciones constitucionales que llevan a cabo los legisladores, los intérpretes constitucionales o los jueces ordinarios, y qué esquemas de razones se utilizan para dar una respuesta imparcial a los justiciables, y qué criterios de corrección deben manejarse, y qué fines se persiguen.

Por lo tanto, en el Estado constitucional contemporáneo la controversia no solo se resuelve mediante la norma Legislativa como fuente única de resolución del conflicto, sino que la norma Legislativa debe pasar por un control de constitucionalidad de sus leyes, para poder determinar si la norma que resuelve el conflicto es acorde con la Constitución y que no haya vulneración de derechos fundamentales, caso contrario se debe aplicar la norma constitucional de manera directa.

La norma fundamental prescribe en su artículo 1 que: “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado”; dentro de este texto normativo constitucional, se considera a la persona y su dignidad como fin principal del Estado y de la

sociedad de protegerla; en efecto, es importante considerar como gestora y protectora de la dignidad a la garantía jurisdiccional de la Constitución, la misma que garantiza aspectos relacionados con los involucrados en un proceso judicial (con ello es importante considerar la dignidad y la protección de cada una de los sujetos procesales); por ello, los conflictos de las partes procesales se resuelven teniendo en cuenta la jerarquía normativa de la Constitución, en consecuencia una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley; por ello, que constitucionalmente se protegen los derechos individuales y colectivos de cada una de las partes en un proceso (porque eso contribuye a que se respete su dignidad de cada una de las partes), derechos que las personas tienen la facultad de expresarlo ante el órgano jurisdiccional correspondiente, cuando son parte de un proceso judicial, dentro los cuales está inmerso la tutela jurisdiccional como garantía de los justiciables que afrontan una investigación y junto a ello el derecho a probar, constituyendo un elemento esencial en un proceso judicial justo y razonable.

La tutela jurisdiccional, es un derecho y una garantía genérica que implica protección por parte del Estado a los justiciables especialmente en la sentencia; tales como sucede con la reparación civil en los delitos de corrupción, de las mismas que según el artículo 93 del CP se desprenden “la restitución del bien o si no es posible el pago de su valor y la indemnización por los daños y perjuicios”. De ello, se deduce que la reparación se construyó pensando en la víctima del delito. Dado, que solicita protección del Estado a través de la tutela jurisdiccional, lo cual sirve como garantía al agraviado para el cumplimiento íntegro de la reparación.

Ello implica, que desde la perspectiva constitucional constituyen prueba o descargo para el investigado y justificación de la parte agraviada para que solicite la reparación en su totalidad y con ello se devuelva lo íntegro de la reparación al que verdaderamente sufrió las consecuencias del delito, sea esté una persona natural o jurídica y gestando la punibilidad para el responsable. Por ello, constitucionalmente y en las normas *infraconstitucionales* el propósito es tutelar los bienes jurídicos y derechos fundamentales de los justiciables, como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y derecho al debido proceso, conteniendo este el derecho a probar.

Cuando se habla del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, así como el derecho al debido proceso, implica que el justiciable en un proceso judicial goza de principios y derechos que está en función a la titularidad de los derechos, de tal manera que la resolución de los conflictos, las partes lo hagan respetando los protocolos, procedimientos y procesos que involucra. En este contexto, el debido proceso implica actuar con imparcialidad a los operadores de justicia y tener en cuenta los daños causados, el mismo que sirve para la determinación de la reparación y la punibilidad como la pena o la medida de seguridad para el imputado, apelando a los principios como razón razonada del ordenamiento jurídico, teniendo como base los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Los fundamentos filosóficos del presente trabajo de investigación se enfocan en el paradigma del Postpositivismo, porque además de las normas reglas que regulan el derecho a probar y las normas reglas referente a la reparación civil, se debe tener en cuenta los principios y las garantías constitucionales. Ello implica, que no solo se debe aplicar el

Derecho que “es”, sino también el Derecho que “debe ser”, no ver al derecho solo desde la visión ontológica, sino también desde la visión deontológica. Por cuanto, el operador jurídico debe tener en cuenta que el ordenamiento no solo está compuesto por normas reglas para la aplicación del derecho y con ello solucionar el conflicto de intereses, sino también debe tener en cuenta la interpretación-argumentativa Constitucional. Por lo que, el presente trabajo se apoya en la teoría del Postpositivismo; porque esta teoría no solo mira el pasado sino también el futuro; dado, que esta teoría cambia “la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho y se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles” (Calsamiglia Blancafort, 2005, p. 211).

En efecto, lo que interesa al Postpositivismo no es tanto averiguar los conflictos del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos, con esta teoría no se está desistiendo de las teorías positivistas; sino que, se desarrolla los problemas que el *iuspositivismo* no ha desarrollado. Por cuanto, la corriente del positivismo jurídico está enfocado en el principio de legalidad, basadas en las normas estáticas, cerradas y convencionales dadas por el Legislador, dejando de lado la interpretación argumentativa del derecho, interpretación que le corresponde a todo jurista del Derecho entre ellos los Jueces, Fiscales y Abogados de la defensa técnica. En cambio, con el paradigma del Postpositivismo no solo se debe aplicar las normas estáticas, convencionales, normas cerradas y generales que para su aplicación no exige cualquier forma de deliberación práctica o de valoración; bajo este contexto, los *iuspositivistas* y en “cierta medida

también los iusnaturalistas tenían al Legislador como el centro básico de análisis de la ciencia jurídica. El Postpositivismo ha desplazado de cierto modo la atención que se centraba en la legislación para dar paso a la adjudicación” (Calsamiglia Blancafort, 2005, p. 213). Por ello, es necesario agregar que en un Estado constitucional contemporáneo el intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como sujeto de análisis.

Además, es importante precisar que la distinción entre reglas y principios como indica Alexy, en la cual entiende a las reglas como normas “que sólo pueden ser cumplidas o no, los principios por otro lado son normas que pueden poseer distintos grados de cumplimiento” (1993, p. 87). Ello implica, que los principios pueden ser valorados en diferente grado, dado que estos son normas de optimización gradual en la mayor medida posible; en cambio, las reglas son mandatos definitivos a ser cumplidas o no; así, “las reglas cuando son cumplidas lo son de manera absoluta, en tanto el cumplimiento de los principios puede producirse de manera gradual” (Bäcker, 2014, p. 32).

Por ello, en un proceso judicial los órganos de control social al momento de resolver la controversia, estos deben resolver teniendo como base primigenia la Constitución y las garantías básicas procesales constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso y dentro de este el derecho a probar; además, se debe tener en cuenta los principios rectores del proceso penal, para poder determinar la reparación íntegra del agraviado; dado, que la norma legislativa puede ser válida pero no justa, si ello es así, con esa norma válida pero no justa vulnera la certeza

del derecho convirtiéndose así en incerteza de la seguridad jurídica, en ese sentido, es necesario hacer una interpretación conforme de las leyes, caso contrario se aplicará la norma constitucional de manera directa, con la finalidad de no vulnerar derechos de los justiciables.

2.3. TEORÍA DE LA REPARACIÓN CIVIL

2.3.1. Concepción

Según la Real Academia Española (RAE), la palabra “reparación” significa “compensación por un hecho o una actuación lesivos contra una persona o su patrimonio”, de ahí que la reparación es la reposición al estado anterior de las cosas ocasionado por un acto dañino, sea este contra una persona y su patrimonio o una entidad; en tal sentido, se definirá a la reparación civil, como un medio dentro del Derecho Penal que busca que, a través de éste, se resarza el perjuicio ocasionado a la víctima. Gálvez Villegas, sostiene que, “el resarcimiento de daño derivado del delito en el proceso penal es la llamada reparación civil, en nuestro ordenamiento penal es un tema que cobra especial relevancia para la víctima y para la sociedad en general” (2006, pág. 9). Pues, en cuanto es víctima en potencia, quien más allá de la sanción penal que debe imponerse al agente del delito, busca que el daño causado por la conducta delictiva sea debidamente reparado. Julio Maier considera que “reparación significa, básica y sintéticamente, regreso al status que antes se tuvo, es decir, colocar al mundo en la posición en la que se estaría de no haberse cometido el hecho antijurídico” (1999, p. 173).

En efecto, la reparación civil es una institución jurídica penal perteneciente al derecho privado pero adscrito al derecho público, en buena cuenta pertenece al Derecho Civil, así lo establece el artículo 1969 del Código Civil que a la letra dice, “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. En ese sentido, como base primaria corresponde hacerle efectiva en dicha sede; empero, se ha vinculado al derecho Penal, por cuanto el ofendido en un delito también exige como consecuencia de haber sufrido un daño, el pago por concepto de reparación.

Además, es necesario agregar que la reparación civil es una institución jurídica que eminentemente se construyó pensando en la víctima, con el objetivo de resarcir todo el daño sufrido sea esta una persona natural o jurídica dentro de su esfera patrimonial o extrapatrimonial; en ese contexto, “la reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima” (Villegas Paiva, 2013, p. 23).

Prado Saldarriaga (2000), catedrático de la UNMSM jurista nacional e internacional, indica que la reparación puede ser enfocado desde diferentes perspectivas; así tenemos el enfoque tradicional, enfoque especial y visión victimológica.

2.3.2. Enfoque tradicional

En primer lugar, la reparación puede ser estudiada desde una concepción tradicional que la identifica como una consecuencia

civil proveniente del hecho punible y que merece una sanción, es decir una pena o medida de seguridad. De esto podemos inferir, que si el delito es de mayor gravedad necesita una pena o medida de seguridad lo cual debe darse a través de un proceso justo, razonable acorde con la Constitución y no vulnerar derechos de la parte agraviada como de la investigada. Dado, que el delito constituye una manifestación ilícita, esta puede ser dolosa o culposa, de una conducta cuyo desvalor reposa en la contravención a las normas legales y a los principios elementales de la sociedad jurídicamente organizada. Por lo tanto, la “reprobación social de tal conducta obedece a un juicio de reproche a quien desobedeciendo el mandato y/o prohibición normativa, puso en peligro o lesionó los bienes jurídicos fundamentales” (Peña Cabrera 2013, p. 39).

2.3.3. Enfoque especial

En segundo lugar, refiere que la reparación también merece un tratamiento especial; es decir, que el autor lo visualiza como una nueva modalidad de sanción del delito o como una alternativa eficaz frente a las penas privativas de la libertad, siempre y cuando el hecho punible no afecte bienes jurídicos de relevancia social e individual y que no cause alarma social y se llegue a un acuerdo reparatorio.

De esto podemos inferir, que cuando la acción ilícita no causa alarma en la sociedad y el bien jurídico es resarcible, las partes involucradas pueden llegar a un acuerdo reparatorio dentro del proceso o fuera del proceso (transacción extrajudicial), mediante el

principio de consenso; siendo esto así, la responsabilidad civil quedaría subsanada y en consecuencia no necesitaría un proceso a seguir.

2.3.4. Visión victimológica

Por último, teniendo en cuenta a Prado Saldarriaga (2000), el análisis de la reparación, puede partir desde una visión victimológica, lo que significa que la reparación como opción destinada a mejorar la posición de la víctima en los procesos de criminalización primaria o secundaria. En ese sentido, “la orientación victimológica ha fijado preferentemente su atención a los actos de reparación o compensación a la víctima como medio para lograr la satisfacción de sus intereses” (García Caverro, 2007, p. 49). Y con ello a su vez propiciar una reconciliación entre el autor y la víctima.

Por lo tanto, con la reparación la actuación de la víctima como parte en el proceso se hace más evidente y más participativo en la cual, “ella formará parte del debate sobre los términos del acuerdo, su voz será escuchada, y atendida en el proceso. Asimismo, con esta figura se muestra que el proceso penal ya no consiste en una relación bilateral (fiscal-autor) sino trilateral (fiscal-autor-víctima)” (Villegas Paiva, 2013, p. 140).

Por ello, la razón de la reparación es que la víctima obtenga una reparación económica por los daños que le ocasionó el agresor con su proceder ilícito; ello implica, que siendo la reparación civil una institución jurídica creada para resarcir los daños causados a la

parte afectada, es el único derecho que ha estado presente a lo largo del tiempo, y que en el nuevo sistema procesal penal se ha incluido derechos y garantías constitucionales para resguardar y proteger a la víctima; sin embargo, la víctima sigue siendo un observador en el proceso, y si quiere ser parte del proceso tiene que convertirse en actor civil, “en ese sentido el agraviado perjudicado como actor civil participa dentro del proceso penal materializando pretensiones de naturaleza estrictamente resarcitoria” (Villegas Paiva, 2013, p. 168). En ese sentido, el perjudicado por una acción ilícita al convertirse en actor civil se le está vulnerando aún más sus derechos, a pesar que el NCPP proporciona elementos normativos más coherentes para hacer efectiva la reparación, pero muchas veces es desproporcional con las penas. Si bien es cierto, con la entrada en vigencia del NCPP se protege a la víctima “a diferencia del anterior cuerpo normativo, si bien se encontraba vigente, muy pocas veces llegaba a materializarse” (Villegas Paiva, 2013, p. 167).

Por ello, que la justicia penal, no solo se ocupa de las consecuencias jurídicas del delito, como la imposición de una pena o medida de seguridad al autor o partícipe del delito, o de consecuencias accesorias (comiso o medidas contra las personas jurídicas). Sino que, “la justicia penal ampara también el interés de la víctima (el agraviado u ofendido) con la reparación civil de los efectos perjudiciales de la conducta criminal” (Peña Cabrera, 2013, p. 40). Es por ello, con la finalidad de no victimizar a la parte

agraviada, los operadores de control social deben determinar la reparación civil teniendo en cuenta los elementos de la responsabilidad civil y de esta manera se haga un cálculo exacto respecto al lucro cesante, al daño emergente y se pueda determinar la más plena posible reparación.

2.3.5. Funciones de la reparación civil

La reparación civil, dentro del proceso penal tiene una función genérica de restitución del daño, así, el Derecho busca que las consecuencias económicas del daño producido por la conducta delictiva sean reparadas por el actor del ilícito penal. Además, es necesario agregar que la reparación civil, es una institución jurídica propia del Derecho civil; por cuanto, resulta innegable que “las conductas delictivas, a la par de sus consecuencias penales también generan consecuencias civiles y así una responsabilidad civil a cargo de su autor, lo cual genera la obligación de reparar los daños económicos generados por la conducta delictiva” (Arévalo Infante, 2017, p. 3).

Resumidamente, la reparación civil no es otra cosa que la responsabilidad civil atribuida al actor del delito frente a quien sufre las consecuencias económicas del acto delictivo. En ese sentido, las funciones de la reparación civil son las siguientes:

A. Función resarcitoria

Esta función de la reparación, lo que busca es que toda víctima sea persona natural o jurídica que sufrió un acto dañino, debe

ser resarcida en su totalidad. Dado, que tiene como finalidad principal que se retorne al estado de las cosas antes del evento que causó el daño. Empero, si no se puede resarcir porque el estado de las cosas actual no le permite, se compensa. Además, es necesario agregar que “si se tiene en mente que reparar significa devolver el bien dañado a su estado anterior, fácilmente se llegaría a la conclusión de que dicha acción no es posible en todos los supuestos” (Osterling Parodi, 2007, p. 14). Bustamante Alsina, señala que “reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible; es también dar a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a las que ella ha perdido” (1993, p. 240).

Por ello, la función resarcitoria lo que busca en el Derecho, es encontrar la solución más justa posible. Dado, que el Derecho positivo ha optado por establecer reglas de indemnización que busquen compensar el daño padecido por la víctima a través de sumas de dinero que reflejen lo más objetivamente posible el valor del bien dañado. Además, esta función se fundamenta en que la indemnización de daños y perjuicios, no siempre busca en reparar el bien ultrajado, sino brindar a la víctima la posibilidad de experimentar situaciones satisfactorias equivalentes a las que ha perdido.

B. Función de equivalencia

Esta función, pertenece a la responsabilidad civil, pero debemos

tomar en cuenta como esta función es que también alcanza la reparación en el proceso penal, dado, que explica “de el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en la cual alguien deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela” (Fernández cruz, 2005, p. 262). Ello implica, que, una vez establecido el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o, si, por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto. Entonces, ¿cómo garantiza la responsabilidad civil el interés ajeno? Afectando el patrimonio de la obligación (patrimonialmente) a responder; a esto, se le llama la función de equivalencia, que significa posibilidad de afectación o afectación del patrimonio del llamado a responder.

Por ello, podemos decir que no hay responsabilidad civil sin afectación patrimonial, por cuanto esta función está inmersa en la protección de una afectación patrimonial de la víctima; por ende, es necesario la función de equivalencia dentro del proceso penal.

C. Función preventiva

Esta función, como indica Umansky (2016), es aquella que previene antes del hecho, evitando que se produzcan daños, de aquella prevención *ex post facto*; por cuanto, se supone que hay una condena a pagar y que ésta ha de producir un efecto

disuasorio o, en todo caso, que ha de ser un incentivo importante a efectos de que el daño no se vuelva a producir, para lo cual se han de adoptar las precauciones correspondientes.

Además, “se cree que una sentencia que impone la obligación de indemnizar actúa sobre la sociedad para desincentivar de causar daños a sus integrantes y también percute sobre el sujeto que está obligado a soportar la condena” (Umansky, 2016, p. 112). Tal como ocurre en el Derecho Penal con la prevención general para la sociedad y especial para el responsable civil.

Por ello, teniendo en cuenta lo dicho por Vergara (2011), la función preventiva, es que el derecho ya no se conforma con la reparación de los daños injustamente causados, sino que va más allá, y donde le es factible, busca la propia evitación del perjuicio, por lo que la prevención es una función o tarea destinada a evitar que ocurran los daños, en la cual es necesario nutrir al derecho de la responsabilidad civil, sin distorsionar su funcionamiento, con elementos y criterios que validen teorías en la cual se privilegie la prevención.

Por consiguiente, esta función también conocida como *deterrence*, (disuasión), en la cual debe inducir a los potenciales causantes del daño adoptar los medios de seguridad destinados a evitar la posible reiteración de conductas dañosas. Entonces, aquel que causa un daño no solo debe reparar, sino que se

debe encontrar un mecanismo para que no lo vuelva hacer, y así evitar que haya una proliferación de daños. Es decir, debemos prevenir que el daño se produzca reiteradamente. Dado, que es una función *ex ante* del daño.

D. Función punitiva

Esta función consiste en un castigo al culpable por el acto dañino. Dado, que se trata de una creencia que se apoya en la justicia retributiva de castigar al culpable, es decir, el castigo de hacerle pagar lo que ocasionó con su conducta dañina. Por consiguiente, se trata de un “reproche de corte valorativo que deposita, de alguna manera, la realización de una justicia castigando al culpable, haciéndole pagar lo que ha hecho; en última instancia, dándole su merecida retribución” (Vergara, 2011, p. 112).

La función punitiva de la responsabilidad civil radica en castigar conductas de cierta gravedad para evitar su reiteración en el futuro, fijándose su monto con fundamento en la gravedad de la intención y no en el daño efectivamente causado.

Por ello, la función punitiva conocida como *punishment* (castigo), en la cual vendría a penalizar al causante de un daño con una verdadera sanción de índole civil, normalmente pecuniario, cuando se considere que la conducta desarrollada por el agente ha infringido de manera considerable las reglas de la convivencia social. En ese contexto, no solo hay que reparar

a la víctima, sino sancionar al agente, en los casos en donde consideremos que hay una actuación grave en términos de amenaza a la convivencia social.

2.3.6. Contenido de la reparación civil

El artículo 93 del Código Penal, establece que la reparación civil, 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.

A. La restitución

En principio, es importante definir la palabra restitución. Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), restitución significa “Modalidad de satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito que consiste en devolver el mismo bien a su legítimo poseedor o propietario”; ello implica, que la restitución del bien consiste en la restauración o reintegración material del bien al estado anterior a la violación del bien jurídico tutelado.

De esto podemos deducir, que si la restitución es entendida como “mera reintegración posesoria, como una simple devolución del bien a quien lo tenía en su poder antes del delito, puede conducir a situaciones absurdas e injustas” (Bringas, 2009, p. 9). Dado que se puede terminar devolviendo el bien hurtado a quien también lo había obtenido por ese medio, con lo cual la reparación no cumpliría su finalidad reparadora.

Otros autores, afirman que la restitución “debe entenderse como la forma de restauración jurídica alterada por el delito o devolución del bien, dependiendo del caso, al legítimo poseedor o propietario” (Bringas, 2009, p. 9). Además, la restitución, tiene carácter “preferente respecto de otras formas de reparación. Esta aseveración se basa tanto en las características de esta institución, de ser la forma más genuina y propia de reparación, como en el orden establecido por el legislador en la ley penal” (Quintero Olivares, 1996, p. 560). Sin embargo, otros autores niegan tal preferencia “manifestando que la restitución se presenta como la primera vía de reparación, aunque no la única y acaso ni siquiera la preferente, pues depende del tipo de delito y de los daños que el hecho delictivo haya ocasionado” (Montes Penades, 1996, p. 588).

En efecto, la restitución del bien según el CP es la restitución de todos los bienes muebles o inmuebles que hayan sido arrebatados a la víctima; la restitución opera para delitos que hayan implicado un despojo o apropiación de bienes. Por ende, la restitución se hará con el mismo bien que ha sido objeto de sustracción o apoderamiento o la suma dineraria equivalente, “tratándose de bienes inmuebles, aunque resulte obvio, la restitución no debe ser entendida como el traslado físico del bien, sino como restauración de la situación jurídica alterada, retornado el bien al propietario o legítimo poseedor”

(Bringas, 2009, p. 10).

Con relación a la restitución del dinero, el artículo 93 del CP, refiere la restitución del bien y si no es posible el pago de su valor, se entiende este que es una suma dineraria, cuando el bien dañado es imposible de restituir se entregará este. Consideramos que si el responsable tenga que entregar una suma de dinero equivalente a la cantidad sustraída o apoderada esta debe de considerarse como indemnización y cuando el dinero u otro bien fungible se hallare en poder del responsable o tercera persona que se le ha encargado el dinero, como restitución. Es decir, “si el bien dinero o bien fungible ha desaparecido o ha sido consumido, la cantidad equivalente que se entregue tiene que ser considerada como indemnización, no como restitución” (Bringas, 2009, p. 11).

Teniendo en cuenta, lo dicho anterior la restitución no solo es devolver una suma dineraria equivalente, sino que se debe valorar todos los daños causados a la víctima del delito para no vulnerar sus derechos.

B. La indemnización

Es importante definir la palabra “indemnizar”, Según el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), indemnizar es “resarcir un daño o perjuicio, generalmente mediante compensación económica”. Para Felipe Osterling, “Indemnizar quiere decir poner al agraviado, en cuanto sea posible, en la

misma situación en que se encontraría si no se hubiese producido el acontecimiento que obliga a la indemnización” (2007, p. 397). Por consiguiente, si en los delitos existe una sustracción o apoderamiento de un bien material, en primer lugar se debe buscar la reposición del bien; asimismo, en los delitos que se ha vulnerado derechos no patrimoniales del agraviado, o incluso habiéndose realizado la sustracción del bien, además se ha lesionado estos derechos, corresponde una indemnización por daños y perjuicios, según el artículo 93 numeral 1 segunda parte del CP, lo cual constituye una forma de reparación mucho más amplia que la restitución, por cuanto, lo que se busca es resarcir a la parte agraviada no solo por los daños causados a sus bienes, sino también a su persona.

Entonces, podemos decir que la indemnización es una institución mucho más amplia que la restitución, dado, que contiene categorías de resarcimiento de la responsabilidad civil, que comprende el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; no obstante, que la indemnización de daños y perjuicios no está regulada explícitamente dentro del proceso penal; empero, para no vulnerar derechos de la víctima, el artículo 101 del Código Penal prescribe que se aplicará supletoriamente las disposiciones del C.C.

Además, no debe perderse de vista para que exista responsabilidad civil, se debe tener en cuenta la presencia de los cuatro elementos fundamentales de la responsabilidad civil como son: el hecho ilícito, el daño causado, la relación de causalidad y el factor de atribución; por ende, cuando se determine la indemnización de daños y perjuicios que corresponda, tendrá que recurrirse básicamente, al análisis de estos elementos.

2.3.7. Categorías de resarcimiento de la responsabilidad civil

A. Daño emergente

El daño “no golpea en una sola dirección, causando un solo tipo de consecuencias económicas, sino que, por regla general, hace estallar la situación en diversos fragmentos económicamente dañinos” (De Trazegnies Granda, 2001, p. 35). Empero, cuando el daño es causado, afecta a varios derechos fundamentales, es por esa razón que, en el proceso penal, al no estar determinada la responsabilidad civil, se tiene que recurrir supletoriamente a las disposiciones del C.C., con la finalidad de tener en cuenta los elementos de la responsabilidad civil para determinar el daño.

Por ello, para poder entender mejor el proceso de la indemnización tomaré como empréstado el ejemplo De Trazegnies Granda, en la que refiere que cuando una persona es atropellada por un vehículo;

Esta puede necesitar pagar sus gastos de hospitalización, pero además tiene que comprar remedios, requiere pagar la ambulancia que lo lleve hasta el hospital desde el lugar del accidente, puede necesitar tratamiento psiquiátrico, quizá va a tener que someterse a una costosa rehabilitación por varios meses, paralelamente pierde un negocio importante debido a su hospitalización y además no se encuentra en aptitud de trabajar para mantener a su familia durante un largo tiempo. (2001, p. 35)

Con el ejemplo tomado, podemos inferir que cuando una entidad o persona sufre un daño, involucra varios daños dentro de su esfera de protección de los bienes jurídicos tutelados. Así De Trazegnies Granda (2001), citando a Paulus (jurista romano), define al daño emergente, como la indemnización del daño, como aquella que pretende restituir la pérdida sufrida. Entonces, el daño emergente como *quantum mihi abest*, es decir, el monto que para mí ya no es, lo que para mí deja de tener existencia. Bajo ese contexto el daño emergente es siempre un empobrecimiento.

En efecto, cuando la víctima sufre un daño no solo es determinar la restitución del bien, bajo el subjetivismo moral o crítico, sino que toda indemnización debe determinarse teniendo en cuenta todos los elementos de convicción que determinen la responsabilidad del autor, aplicando si es necesario supletoriamente las disposiciones pertinentes del C.C., teniendo en cuenta los elementos de la responsabilidad civil (daño emergente y lucro cesante); en el primero, está inmerso los daños inmediatos y daños futuros; y en el lucro

cesante, todo aquello que se dejó de percibir y se dejará de percibir a futuro.

B. Lucro cesante

Esta categoría de resarcimiento económico de la responsabilidad civil, lo encontramos de manera taxativa en el artículo 1985 del C.C.¹, que viene hacer una categoría de resarcimiento que se dejó de percibir y que se dejará de percibir por el acción dañina.

Ante ello, De Trazegnies Granda citando a Julius Paulus, jurista romano del imperio de roma, refiere que el lucro cesante es el *quantum mihi abest quantumque lucrari potui*. Vale decir, que para el *lucrari potui* “es también daño aquello que hubiera podido ganar (y que no lo gane debido al daño). Por consiguiente, mientras en el daño emergente hay empobrecimiento, en el lucro cesante hay un impedimento a que me enriquezca legítimamente” (De Trazegnies Granda, 2001, p. 37). Por su parte, Adriano de CUPIS, citado por De Trazegnies Granda, refiere que “el daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño” (2001, p. 37).

¹ La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En tanto, para Villegas Paiva el lucro cesante, se refiere a la pérdida de una ganancia, que se dejó de percibir durante el daño ocasionado y esta ganancia debe ser legítima, “esperada o en un aumento no realizado del patrimonio. Esa ganancia o enriquecimiento debe tener carácter lícito, pues si se ha dejado de ganar una suma de dinero proveniente de acciones ilícitas, no podrá reclamarse derecho al pago de lucro cesante” (2013, p. 189).

Por consiguiente,

Debemos reiterar que esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la de la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras. (De Trazegnies Granda, 2001, p. 37)

Entonces, tanto el daño emergente como el lucro cesante son categorías importantes de resarcimiento en favor de la víctima, dentro de los cuales están inmerso los daños patrimoniales y extrapersonales, que se relaciona directamente con el principio de la íntegra reparación del agraviado. Los daños personales también lo prescribe el mismo artículo 1985 del C.C., y establece que “la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño,

incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, (...)."

C. Daño a la persona

Es el daño subjetivo por cuanto recae en la persona misma tanto en su aspecto físico y psíquico. Fernández Sessarego (1996), refiere que el daño a la persona se divide en dos categorías: La primera, está referida al daño psicosomático; y, la segunda se contrae al daño al proyecto de vida o a la libertad fenoménica.

De ello se deduce, que la primera categoría del daño a la persona es el daño psicosomático, dado que incluye aquellos en los que se daña el cuerpo o soma y aquellos en los que se daña la psique. El Autor, agrega además que, dentro de esta categoría, se incluyen subcategorías como: el daño biológico, el daño moral y el daño al bienestar. De esta manera, "podemos decir que el daño psicosomático envuelve los daños físicos y morales de la persona que sufrió la acción dañina" (Fernández Sessarego, 1996, p. 9)

La segunda categoría del daño a la persona está referido el daño al proyecto de vida, este daño puede ser entendido como el más grave daño que se puede causar a la persona. Este acto generador del acto dañino repercute de modo radical en su proyecto de vida de la persona humana; por cuanto, daño imposibilita que "el ser humano se realice existencialmente de

conformidad con dicho proyecto libremente escogido. Es, tal vez, el daño más importante que se puede inferir al ser humano como es el de arrebatarle, el sentido o razón de ser su vida” (Villegas Paiva, 2013, p. 191).

D. Daño a la moral

Esta segunda categoría de los daños personales “es la lesión inferida a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, aflicción o sufrimiento” (Villegas Paiva, 2013, p. 189).

Fernández Sessarego, indica que:

La tradicional concepción del daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual. Decimos que es un daño a determinado aspecto de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata en este específico caso de la lesión a una modalidad del género “daño a la persona. (1996, p. 10)

Ello implica, que el daño a la moral es la afectación psicológica de la persona a causa de la acción ilícita, dado, que es complejo de determinar dicha afectación psicológica. En ese sentido, la reparación civil al momento de recaer en sentencia firme, el representante del Ministerio Público debe haber desarrollado y solicitado ante el órgano jurisdiccional teniendo en cuenta el contenido de la reparación (daño emergente y lucro cesante), y los elementos de la indemnización, como los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, los cuales no están determinados en el proceso penal. Empero, no cabe duda que

no solamente debe indemnizarse el valor presente de los daños (daño emergente) sino también la expectativa habitual, que se hubiese recibido legítimamente (lucro cesante).

2.3.8. Elementos para establecer la responsabilidad civil

Es importante, señalar que para poder determinar la reparación civil, se debe aplicar supletoriamente las disposiciones normativas del Código Civil respecto a la responsabilidad civil, así lo prescribe el artículo 101 del CP que: “La reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”; ello implica, que la reparación proveniente del delito debe estar supeditada a los elementos pertinentes de la responsabilidad civil, para determinar la obligación de indemnizar. Dado, que en el proceso penal no se especifica con claridad como determinar la reparación; por ello, es necesario recurrir de manera supletoria a las normas que rigen la responsabilidad civil, con la finalidad de no vulnerar el derecho a la íntegra reparación del agraviado. Y, además, “orienten al Juez Penal sobre los criterios de determinación de las dimensiones cualitativas y cuantitativas de la reparación civil; sin embargo, consideramos que ésta debe surgir de una valoración objetiva y del grado de realización del injusto penal” (Pajares Bazán, 2007, p. 7).

Por lo que, cuando se produce una acción ilícita y causa alarma en la sociedad, la atención se dirige normalmente en el autor de dicha acción ilícita, lo cual genera una desazón o desacierto en la parte agraviada; es decir, de modo involuntario se está protegiendo al investigado, que cuenta con un principio constitucionalmente

protegido, como es la presunción de inocencia hasta que no se declare su culpabilidad bajo un proceso lento y tardío, vulnerando o sobre criminalizando a la víctima; dado, que el Estado se preocupa en reeducar, rehabilitar y reinsertar al imputado a la sociedad; y nos preguntamos ¿qué hace el Estado por el agraviado?

Retomando lo antes acotado, tenemos que, al aplicar supletoriamente las disposiciones pertinentes del C.C., para determinar la reparación civil en el proceso penal, se tendrá que recurrir a las disposiciones respecto a la responsabilidad civil y desarrollar sus elementos como son: el hecho ilícito, el daño ocasionado, la relación de causalidad y los factores de atribución, así lo establece la Casación N° 657-2014-Cusco.

A. El hecho ilícito

El primer elemento para determinar la responsabilidad civil es el hecho ilícito o antijuricidad; así, para que exista “responsabilidad penal y responsabilidad civil se requiere de una conducta humana que contravenga el orden jurídico” (Bringas, 2009, p. 14). La Corte Suprema de Justicia mediante Casación N.º 657-2014-Cusco, define a este elemento como “aquella conducta humana que contraviene el orden jurídico y constituye, a su vez, delito”. Además, agrega que la “manera de obrar permite reconocer dos mecanismos para vulnerar la norma jurídica: 1) violación de deberes que tienen su origen en relaciones jurídicas ya existentes entre el autor y la persona

afectada; y 2) violaciones de deberes de carácter general”. (Recurso de Casación- Cusco, 2014).

De esto podemos deducir, para que exista una responsabilidad penal y responsabilidad civil, se requiere de una conducta humana que contravenga el ordenamiento jurídico, es decir, se necesita de un hecho antijurídico. En el “derecho civil se diferencia entre antijuricidad típica y atípica, cualquiera de ellas puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad extracontractual” (Bringas, 2009, p. 14).

Por lo que, tratándose de una conducta antijurídica, en donde además de causar un daño efectivo, este a su vez constituye delito, entonces, se tratará de un caso de antijuricidad típica. “Empero, debe tenerse muy claro que, no por ello, solo los delitos pueden calificarse como supuestos de responsabilidad extracontractual, derivados de una antijuricidad típica, sino también existen estos casos en el derecho civil” (Taboada Córdova, 2003, p. 41).

Bajo este contexto, es que “la reparación civil derivada del delito se trata de un supuesto de antijuricidad típica, es decir que, la conducta causante del daño ha sido prevista *ex ante* como ilícito penal” (Bringas, 2009, p. 15). Bajo ese argumento, es que cuando una conducta es tipificada como delito y que a su vez es productora del daño tiene dos consecuencias como son la pena y la reparación civil. En ese sentido, “es sumamente importante analizar la antijuricidad de una conducta, porque la

presencia de una causa de justificación llevaría a eximir de responsabilidad penal al autor del hecho y, generalmente, también la responsabilidad civil” (Bringas, 2009, p. 15).

En conclusión, para efectos de resumir y resolver colectivamente la acción penal y la civil, “la conducta causante del daño debe ser, necesariamente, típica, pues, en caso contrario, no es que no exista responsabilidad civil, sino que no podría tramitarse en la vía penal” (Bringas, 2009, pág. 15).

B. El daño ocasionado

El segundo elemento fundamental de la responsabilidad civil es que, “no puede existir responsabilidad sin daño, pues simplemente no habría nada que indemnizar. El daño es un elemento tanto de la responsabilidad civil contractual como extracontractual” (Bringas, 2009, p. 15). Por consiguiente, “la reparación civil derivada del hecho punible también tiene como presupuesto el daño causado. Si este elemento estuviera ausente, podría haber responsabilidad penal pero nunca civil” (Bringas, 2009, p. 15).

La Corte Suprema mediante la Casación N.º 657-2014-Cusco, define al daño ocasionado como “aquel perjuicio generado a consecuencia del hecho ilícito sea patrimonial o extrapatrimonial”. El Código Civil, en sus artículos 1984 y 1985 respectivamente, desarrolla los criterios que permiten establecer la existencia de daño; por lo que, para la

cuantificación de los daños patrimoniales se establece criterios como el lucro cesante, que es “aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino” (Manzanares Campos, 2008, p. 43). Y, el daño emergente “entendido como el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima, que ha perdido un bien o un derecho que ya estaban incorporados a ese patrimonio” (Manzanares Campos, 2008, p. 40).

Mientras que para la cuantificación de los daños extrapatrimoniales el criterio es el daño moral, que es “aquel perjuicio moral que afecta el mundo inmaterial, incorporal, de los pensamientos y de los sentimientos” (Manzanares Campos, 2008, p. 75). En tanto, el daño a la persona que es “aquel que lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o proyecto de vida” (2008, p. 50).

Por lo tanto, cabe mencionar que el proyecto de vida es aquel “daño de tal magnitud que afecta, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia” (Manzanares Campos, 2008, p. 64). Así que, se entiende que el daño es “todo menoscabo contra los intereses de los individuos en su vida de relación social, que el Derecho ha considerado merecedores de la tutela legal” (Taboada Córdova, 2013, p. 39).

En conclusión, debemos indicar que el daño causado puede ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial y, en consecuencia, la reparación civil debe comprender todos los daños causados,

buscando resarcirlos en su totalidad, en aplicación del principio integral de la víctima.

C. La relación de causalidad

Este tercer elemento de la responsabilidad civil significa que “una vez que se ha determinado, la existencia de un daño jurídicamente indemnizable no puede aún atribuírsele responsabilidad civil alguna, pues aún se requiere de un vínculo causal entre la conducta del autor y el daño causado” (Bringas, 2009, p. 16). En efecto, la relación de causalidad “es entendida como la relación de causa-efecto (antecedente- consecuencia) que debe existir entre la conducta antijurídica del agente y el daño causado” (Taboada Córdova, 2013, p. 39). Además, puede definirse como “el nexo o vínculo existente entre la acción y el resultado, en virtud del cual el resultado adquiere la calidad de efecto de la acción, a la vez que la acción adquiere la calidad de causa del resultado, estableciéndose entre ambos una relación de causa efecto” (Gálvez Villegas, 2008, p. 125).

Por ello, para resolver el problema de la relación de causalidad, se han elaborado varias teorías; entre ellas tenemos la teoría de la equivalencia de condiciones, hasta llegar a la teoría de la causa próxima (aplicable para los casos de responsabilidad civil contractual) y de la causa adecuada (aplicable para los supuestos de responsabilidad extracontractual, como la reparación civil *ex delicto*). (Bringas, 2009) El C.C., recoge la teoría de la causa próxima para la responsabilidad civil

contractual en su artículo 1321 segundo párrafo en la cual prescribe que: “El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución”. Por otro lado, para los casos de responsabilidad civil extracontractual, la teoría adecuada lo recoge el artículo 1985 en la cual prescribe que: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. (...)”. Por ende, cuando se tenga que establecer la existencia de responsabilidad civil, se realizará de acuerdo a la teoría de la causa adecuada.

Por lo tanto, en la doctrina civil se ha establecido, para que una conducta sea causa adecuada de un daño, “deben concurrir dos factores: el factor *in concreto* y el factor *in abstracto*. El primero debe entenderse como una causalidad física o natural, es decir, que el daño causado debe ser consecuencia natural o fáctica del hecho ilícito del autor” (Bringas, 2009, p. 17). El segundo, es que “la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado” (Taboada Córdova,

2013, pp. 76-77). Entonces, si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto.

En conclusión, la relación de causalidad exige que debe existir entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado una relación de causa-efecto, para poder determinar la responsabilidad civil del autor.

D. Los factores de atribución

Comprobada la presencia de un hecho antijurídico, del daño causado y de la relación de causalidad, el último elemento de la responsabilidad que se requiere para afirmar la existencia de responsabilidad civil, es el factor de atribución; ahora bien, según la Casación N.º 657-2014-Cusco, establece que los factores de atribución (denominados también criterios de imputación de responsabilidad civil) “consiste en considerar a alguien como responsable del hecho antijurídico, ya sea a título de dolo o culpa o mediante un bien riesgoso o peligroso, advirtiéndose que en este extremo se refiere a institutos de naturaleza civil”. Lo cual sirve para determinar, “cuándo un determinado daño antijurídico, cuyo nexo causal se encuentra comprobado, puede imputarse a una persona y, por tanto, obligar a ésta a indemnizar a la víctima” (Bringas, 2009, p. 18).

Los factores de atribución, se agrupan en dos sistemas, el sistema objetivo y el sistema subjetivo, y como consecuencia de

estos sistemas, existen factores de atribución subjetivos y objetivos. Son factores de atribución objetivos, el riesgo o peligro creado, la garantía de reparación, la solidaridad y equidad; y, son factores de atribución subjetivos el dolo y a culpa.

En seguida, analizaremos los factores de atribución aplicables para los casos de responsabilidad civil extracontractual, y además los que se encuentre dentro de estos directamente vinculados a la reparación civil *ex delicto*, como son: el dolo, la culpa y la garantía de la reparación. Si bien, existen factores de atribución subjetivos y objetivos, pero solo los factores de atribución subjetivos serán de conocimiento en un proceso penal, esto es por su vinculación con el delito y la proscripción de responsabilidad objetiva, el cual esta prescrita en el artículo VII del título preliminar del CP, en la que establece lo siguiente: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”; de este texto legal podemos inferir que, se refiere a los responsables directos del hecho causante del daño y constitutivo del delito. En tanto, “el factor de atribución objetivo, que será de conocimiento en el proceso penal, es la garantía de la reparación, aplicable para determinar la responsabilidad del tercero civil” (Bringas, 2009, p. 19).

El factor subjetivo de atribución se encuentra prescrito en el artículo 1969 del C.C., y establece lo siguiente: “Aquel que por

dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. (...). De esto podemos deducir, que este texto legal constituye el género, que “abarca todos los casos de responsabilidad extracontractual, tanto los constitutivos como aquellos que no lo son. Del mismo modo, en el ámbito penal se exige la presencia de dolo o culpa, dependiendo de delito, en la realización del tipo objetivo” (Bringas, 2009, p. 18).

“En el derecho civil, el concepto de culpa, en sentido amplio, comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo” (Taboada Córdova, 2013, p. 86). Empero, en sentido restringido culpa significa actuar negligentemente, sin la diligencia debida, por otro lado, “el dolo se conceptúa con actuar con ánimo deliberado de causar daño a la víctima” (Taboada Córdova, 2013, p. 87). De una forma más completa el dolo es el conocimiento y voluntad de cometer el acto dañino intencionalmente. Por lo tanto, de acuerdo al conocimiento de la actividad procesal en la defensa técnica, en materia penal tiene que existir dolo, es decir, requiere que la conducta necesariamente tiene que ser dolosa y si solo hay negligencia, cabe la posibilidad de ser archivado; en cambio en materia civil, la responsabilidad civil queda intacta, debiendo ser determinada en dicha vía.

Finalmente, una vez comprobada la presencia de un hecho antijurídico, del daño causado y de la relación de causalidad y de los factores de atribución, para imponer la reparación civil a

los responsables del hecho antijurídico se requiere de la presencia del dolo o culpa, en caso de no presentarse estos factores de atribución subjetivos quedarán librados de responsabilidad civil. Al respecto debemos indicar que el artículo 1969 del C.C., introduce el principio de la inversión de la carga de la prueba, al establecer que: “El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. “Conforme apunta la doctrina, esta inversión de la carga probatoria tiene como finalidad favorecer a las víctimas, por cuanto se les libera de demostrar la culpabilidad del autor” (Taboada Córdova, 2013, p. 88).

2.3.9. Determinación del monto de la reparación civil

La determinación del monto de la reparación civil consiste que, al momento de fijarse, esta se traduce en una suma dineraria única, que abarca todos los daños efectivamente causados; por lo que, “es necesario que en la fundamentación de la sentencia-inexistente o sumamente escasa en ese extremo” (Gálvez Villegas, 2008, p. 160). Se indique los criterios utilizados para determinar los daños, así como se individualicen los mismos, debido a que los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales no se determinan de la misma forma (Bringas, 2009). Pues, la determinación del monto de la reparación civil se determinará por separado. Así lo establece el IV Pleno Nacional Penal realizado en Iquitos - 1999 en el tema 5 respecto a la reparación civil, en su considerando segundo que: “la reparación civil se determina de acuerdo a la magnitud del daño

causado y teniendo en cuenta el interés de la víctima. Nunca se determina el monto de la indemnización en atención a la gravedad del delito o la capacidad económica del agente”.

Por lo tanto, “la determinación del monto de la reparación civil se hace sobre la base de sus propios criterios, no siguiendo los presupuestos para la determinación de la responsabilidad penal” (Villegas Paiva, 2013, p. 181). Es decir que, cada institución jurídica tiene su propia estructura para la determinación; así tenemos que “la responsabilidad penal requiere, una teoría analítica del delito, de un hecho típico, antijurídico y culpable, mientras que la responsabilidad civil de la existencia de un daño antijurídico, una relación de causalidad entre el daño causado y la conducta realizada por el autor del mismo, así como de un factor de atribución por el cual se pueda hacer responsable al causante del daño” (Villegas Paiva, 2013, pp. 181-182).

A. Determinación del *quantum* de los daños patrimoniales

Para determinar el *quantum* de los daños patrimoniales “La doctrina es unánime en afirmar que la valuación económica de estos se realiza en forma objetiva” (Gálvez Villegas, 2008, p. 201). Dado, que esa valuación económica se hace mediante la pericia valorativa proporcionada. Entonces, para “determinar el daño causado al patrimonio de la víctima no le interesa el valor que le pueda asignar está a los bienes afectados, y menos aún el valor que posean estos bienes para el autor de la lesión” (Bringas, 2009, p. 21). Sino que, lo importante es el valor de los

bienes patrimoniales para el agraviado y las personas en general que lo rodean. Por lo tanto, la pericia valorativa proporcionada de los daños causados no obliga de ninguna manera al juzgador, pero lo más importante y resaltante es que el juzgador al momento de emitir una sentencia firme acerca de la reparación tiene una ilustración acerca de los daños efectivamente causados a la víctima.

Consecuentemente, “los daños patrimoniales por los cuales se reclama la indemnización correspondiente, tienen que ser alegados y probados, conforme a los principios propios de las acciones civiles” (Bringas, 2009, p. 21). Porque, los daños patrimoniales no se presumen, y por lo tanto la determinación de su monto no se realiza en forma aproximada ni está sujeta a especulaciones; sino por el contrario, el monto para su determinación debe realizarse en forma objetiva y precisa, teniendo en cuenta los principios constitucionales y la argumentación extensiva de la norma legal, para no vulnerar el derecho integral de la víctima.

B. Determinación del *quantum* de los daños extrapatrimoniales

Respecto al *quantum* de los daños extrapatrimoniales, los juristas no tienen unanimidad especialmente los civilistas. Dado que, algunos juristas ni siquiera aceptan que el daño extrapatrimonial deba ser reparado mediante una suma de dinero, y refieren, que lo extrapatrimonial no es medible en

dinero; y tienen frases como, “la reparación económica para un daño espiritual devalúa lo espiritual”. Además, agregan que “la indemnización por el daño a la persona se convierte así en el caramelo que se da al niño para que se olvide del dolor del golpe” (De Trazegnies Granda, 1990, pp. 110-111). Por otro lado, otro sector afirma que, si bien es cierto el daño extrapatrimonial por principio, no puede ser valorado económicamente, esto “no significa que ellos queden sin reparación, sería absolutamente injusto” (Fernández Sessarego, 1996, p. 33).

No obstante, esta discusión respecto al *quantum* de los daños extrapatrimoniales genera una controversia para poder determinar el monto de la reparación civil una vez comprobado el daño moral y el daño a la persona en sí misma; entonces, nos formulamos la siguiente interrogante “¿cómo valuamos económicamente un daño que es inmaterial? Para responder a esta interrogante debemos partir considerando la siguiente sentencia: es imposible determinar con exactitud la magnitud de un daño extrapatrimonial y, por tanto, establecer un monto preciso como indemnización económica” (Bringas, 2009, p. 22).

Es necesario, agregar que en los daños extrapatrimoniales es imposible determinar un monto preciso como si lo hay en los daños patrimoniales, y por tanto fijar una indemnización económica exacta. “La doctrina considera que, dado la naturaleza del daño extrapatrimonial, este debe ser

determinado de acuerdo al libre criterio de los tribunales” (Quintero Olivares, 2014, p. 566). “Atendiendo a la prudencia (argumentación) judicial, utilizando la equidad (imparcialidad)” (Gálvez Villegas, 2008, p. 204). Es decir, teniendo en cuenta la forma justa y razonable aplicable al caso concreto.

Por ello, para la determinación del quantum de la reparación civil sea en los delitos patrimoniales o extrapatrimoniales, se debe tener en cuenta los medios probatorios pertinentes que fueron obtenidos sin ninguna vulneración de derechos fundamentales, teniendo en cuenta la Constitución y las normas pertinentes, de acuerdo al principio de proporcionalidad y razonabilidad de acuerdo a la pretensión planteada por las partes, determinando paulatinamente los daños patrimoniales y los daños extrapatrimoniales; todo ello, en base a la argumentación objetiva del Derecho; argumentación que le corresponde al Juez como director del proceso para emitir una sentencia equitativa de acuerdo a la moral legalizada, no de acuerdo a la moral crítica o moral social.

2.3.10. Principios rectores del resarcimiento de daños y perjuicios

A. Principio de la íntegra reparación del agraviado

Este principio constituye la directriz del sistema indemnizatorio. Dado que es un principio elemental de la responsabilidad civil, el cual se introduce en el sistema penal, con la finalidad de reparar a la víctima en su totalidad. Es, “acogido como dogma en gran parte de los sistemas jurídicos de orientación francesa,

implica que la violación del *alterum non laedere* o del incumplimiento contractual conlleva el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño que gozaba la víctima” (Sandoval Garrido, 2013, p. 240). Así, este principio ordena que el perjuicio sea el límite de la reparación, en la cual se debe indemnizar todo el perjuicio; por cuanto, “este principio forma parte del sistema de responsabilidad civil y más ampliamente aún, del sistema general de reparación del daño” (Domínguez Águila, 2010, p. 10).

En ese orden de ideas, el principio de reparación integral, lo que persigue es que el perjudicado sea reparado en su totalidad por el daño que sufrió por su accionar ilícito del agente activo. Naveira Zarra indica que el principio de reparación integral cumple al menos dos condiciones, lo cual es necesario que se cumpla:

En primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo; y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado. En definitiva, la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la *infracompensación* y el enriquecimiento injusto del perjudicado. (2004, p. 162)

Si la función principal de este principio, es el resarcimiento total del daño causado a la víctima; el Juzgador, al momento de resolver la controversia tiene que determinar la intensidad del daño, pero esa intensidad del daño tiene que estar corroborado

por el elemento más importante que es la prueba. Entonces, el Juez al momento de resolver la controversia debe valorar las pruebas admitidas durante la etapa del desarrollo del proceso y que estas pruebas no sean contrarias a la Constitución ni a la ley; por ello, para resolver la controversia, resulta importante las pruebas ofrecidas durante el proceso. Ante ello, el Juez valorará todos los medios pertinentes para determinar el daño y fundamentará la sentencia no de acuerdo a cuestiones subjetivas o cuestiones políticas, sino que el Juez determinará la reparación desde la perspectiva constitucional y legal, con una debida motivación de resoluciones judiciales, considerando que esta es una garantía del proceso judicial frente a la arbitrariedad de los poderes de Estado. Ello implica, que las resoluciones judiciales emitidas por el órgano jurisdiccional no sean por cuestiones subjetivas, sino objetivas, teniendo como base el principio integral; por lo tanto, “la prueba resulta aquí esencial y las dificultades a que enfrentan las víctimas al respecto por nuestro sistema probatorio conducen, en múltiples oportunidades, a una reparación no satisfactoria frente a la entidad de los daños” (Domínguez Águila, 2010, p. 11).

Por lo tanto, la afectación a la víctima en todas sus dimensiones ya sea patrimonial o extrapatrimonial, implica devolver en la misma situación en que se encontraba anterior al suceso, y de esta manera al menos se tratará de borrar el daño que se causó

(*reparación in natura*), o al menos indemnizar a la víctima mediante el semejante pecuniario. Esta devolución, al estado anterior de lo sucedido se determinará desarrollando los elementos de la responsabilidad civil, y por ende se pueda restituir todos los daños sufridos a la víctima. Dado, que la regla de reparar el daño es indemnizar en su totalidad de los daños sufridos; así tenemos que, si el “daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la ‘víctima’; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima” (Henaó Pérez, 1998, p. 45). Puesto que, el derecho de daños es un imperativo de restablecimiento de lo perdido por obra ajena y nada más.

Por lo tanto, el principio integral permite a la víctima alcanzar una indemnización eficaz de los “perjuicios causados por culpa de un tercero, y que no solo confiere la posibilidad de tomar en consideración el evento causal productor del hecho, sino que también permite estimar los progresos tecnológicos y sociales en las formas de reparación” (Sandoval Garrido, 2013, p. 265).

Por ello, el principio de la íntegra reparación del agraviado, constituye la base fundamental del sistema indemnizatorio al momento de una sentencia firme; si bien es cierto, que este principio actualmente tiene, una virtualidad más teórica que real, por lo que es preciso mencionar sobre todo, en el “ámbito de los daños no patrimoniales, para los que el principio de la

reparación integral no está adaptado, la búsqueda de otros criterios que puedan guiar al intérprete a la hora de alcanzar la justa reparación de los perjuicios causados” (Naveira Zarra, 2004, p. 167).

B. Principio de la apreciación subjetiva o concreta de la medida de la reparación

Este principio es otro de los principios elementales del resarcimiento de daños y perjuicios, por cuanto, a la hora de precisar la medida de la reparación se debe recurrir a dos criterios diferentes:

un criterio objetivo, en virtud del cual la medida de la reparación se concretaría en el valor objetivo o de mercado del bien deteriorado o destruido; y un criterio subjetivo, por medio del cual la reparación tendría por objeto o contenido el valor particular que ese bien representase para el concreto perjudicado, esto es, el valor de su específico interés. (Naveira Zarra, 2004, p. 172)

Por lo tanto, en el criterio objetivo “habrá que decidir si se resarce el daño común, entendido éste como el que experimentaría cualquier persona a consecuencia del hecho dañoso; o el daño propio, es decir, el que soporta una persona concreta en función de sus particulares circunstancias” (Naveira Zarra, 2004, p. 172)

Parafraseando a Naveira Zarra (2004), es importante señalar que, la decisión que se tome para la determinación de la medida de la reparación que corresponde a un mismo daño este suele variar según se recurra a otro criterio; ya que, no es

lo mismo atender a las utilidades genéricas que un bien es capaz de suministrar a cualquier persona, que tomar en consideración las utilidades específicas que ese bien proporciona a un concreto individuo en función de las circunstancias particulares que concurren en él.

Por lo tanto, el criterio a aplicar para calcular la medida del resarcimiento debe ser el criterio subjetivo, por cuanto en las circunstancias mismas que el mismo perjudicado sufrió dentro de su esfera patrimonial; dado, que los daños de su patrimonio eran parte de sus ingresos diarios para poder subsistir, sea este una persona natural y/o jurídica que sufrió directamente el daño. Consecuentemente, el Juez valorará a través de la medida del resarcimiento, los daños directos que sufrió la víctima teniendo en cuenta los medios probatorios pertinentes. Por cuanto, “el criterio subjetivo suele determinar que el valor del interés del sujeto sea superior o inferior al valor del bien objetivamente considerado, aunque excepcionalmente también podrá producirse una coincidencia entre ambos valores” (Naveira Zarra, 2004, p. 173). Dado, que el derecho no tutela bienes individuales, sino intereses y que la finalidad de la reparación consiste en poner al perjudicado en lo más parecido posible en lo se encontraba antes de la acción ilícita y de esta manera se pueda alcanzar una reparación integral lo más parecida posible de la víctima. En cambio, el criterio objetivo constituye un papel meramente excepcional o accesorio, es

decir, un criterio de manera general.

Además, es necesario agregar lo dicho por la francesa Courtois, H., respecto a la reparación, citado por Naveira Zarra (2004), en la que indica que el principio de la apreciación *in concreto* del daño o perjuicio, lejos de ser absoluto, está sometido a ciertos límites. Así, habrá circunstancias personales del sujeto perjudicado que no deban tomarse en consideración a la hora de determinar la medida del resarcimiento. Es decir, lo que ocurre con su situación económica, pues si se atendiera a ésta para apreciar la medida del perjuicio, se podría acabar por concederle, en función de su mayor o menor capacidad económica, una reparación inferior o superior al daño efectivamente causado, con lo que se vulneraría así el principio del resarcimiento integral de la víctima.

Retomando lo anterior, respecto al criterio subjetivo este valorará los daños ocasionados que afectó directamente dentro de su esfera patrimonial de la víctima (de manera personal); en cambio, el criterio objetivo tutela los bienes de manera general; además, el principio de la apreciación *in concreto* del daño o perjuicio no es absoluto y está sometido a ciertos límites. Ello implica, que el Juez valorará la medida de la reparación y cuantificar el daño en lo más parecido posible a través del método más coherente desde el ámbito constitucional y legal, dado, que se debe tener en cuenta las características de la parte perjudicada y el modo en que este ha sido víctima de la

acción ilícita.

Por ello, para poder determinar el daño se debe tener en cuenta el principio de la apreciación subjetiva o concreta de la medida de la reparación, teniendo en cuenta el criterio subjetivo; porque, este criterio tiene en cuenta el específico interés del perjudicado, y con ello se pueda alcanzar la íntegra o completa reparación del daño padecido por aquél. Teniendo en cuenta que el Derecho no tutela bienes, sino intereses y que el fin de la reparación consiste en reponer al perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar. Parece que lo más correcto es que la medida de la reparación, en lugar de concretarse en el valor objetivo de los bienes dañados, corresponda a la concreta utilidad que esos bienes proporcionaban al sujeto perjudicado.

2.4. TEORÍA DE LA LEGITIMIDAD

2.4.1. Concepción

Según la Real Academia Española (RAE), “legitimidad” significa conforme a las leyes, lícito (justo); en tanto, para Del Hierro “la legitimidad es considerada como un elemento esencial para el buen funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas” (2013, p. 180). Entonces, podemos decir que la legitimidad, es un valor definida como aquella cualidad de ser conforme a un mandato constitucional y legal, es decir la capacidad de ser obedecido sin recurrir a la imposición; ello implica, que las Instituciones adquieren

legitimidad cuando son confiables y verosímiles, de esta manera logran un reconocimiento y confiabilidad de los justiciables y por ende adquieren licencia social para operar; por cuanto, estas deben estar intrínsecamente relacionadas con la concepción de autoridad moral y relacionadas con la honestidad intelectual.

Además, es necesario agregar que la legitimidad alude a la condición de legítimo; vale decir, que lo legítimo es aquello que se encuentra en conformidad con la Constitución y las leyes y en consecuencia, tiene que ser lícito. Por lo tanto, la legitimidad se agencia mediante una serie de cánones y procedimientos que conceden a determinados funcionarios de autoridad pública y mandato. Por consiguiente, cuando los funcionarios a quienes se les concedieron autoridad pública y mandato violentan las normas constitucionales y legales, pierden autonomía y legitimidad.

2.4.2. Legitimidad en términos políticos

Este tipo de legitimidad está referida al ejercicio del poder político, que es percibido como legítimo porque es mayoritariamente obedecido. Por cuanto, en un sentido delimitado, indica la existencia, al menos en una porción importante de la población, de un consenso que asegure una adecuada disciplina social sin necesidad de recurrir a la coerción o la fuerza. Max Weber (2002), señala que un orden político posee legitimidad cuando la ciudadanía lo reconoce como justo. En tanto, para Innerarity citando a Habermas, refiere que la legitimidad es la “capacidad que tiene un orden político de ser reconocido y apoyado por buenos

argumentos” (1986, p. 254). Ello implica, de que la legitimidad entiende el hecho de que un orden político es merecedor de reconocimiento. Por cuanto, la pretensión de legitimidad se concibe como la garantía en el plano de la integración social, de una identidad social determinada por vías normativas. Por lo que, las legitimaciones tienen la capacidad para hacer “efectiva esa pretensión, esto es: para mostrar cómo y por qué las instituciones existentes (o las recomendadas) son adecuadas para emplear el poder político en forma tal que lleguen a realizarse los valores constitutivos de la identidad de la sociedad” (Innerarity, 1986, p. 254).

De esto podemos deducir, que la legitimidad en términos políticos se vincula a la cuestión del fundamento o justificación del poder, por ello Max Weber, parte del concepto de “dominación entendida como la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos” (2002, p. 170). Además, refiere que en toda “dominación la obediencia está ligada a motivos materiales y afectivos, pero a ellos hay que añadir otro factor como es la legitimidad. Por lo que, la pretensión de legitimidad consolida su existencia y codetermina la naturaleza del medio de dominación” (Weber, 2002, p. 171).

Para José Luis del Hierro, citando a Max Weber refiere que hay tres tipos de dominación legítima: i) de carácter racional; ii) de carácter tradicional; y, iii) de carácter carismático; lo cual define que:

En el caso de la autoridad legal se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente establecidas y las personas por ellas designadas. En el caso de la autoridad tradicional se obedece a la persona del señor llamado por la tradición y vinculado por ella. En el caso de la autoridad carismática se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad. Lo que se obedece es la autoridad del pasado, la autoridad del don de gracia o la creencia en la validez de un estatuto legal y de la competencia objetiva fundada en reglas racionalmente creadas. (2013, p. 180)

De ello, se puede evidenciar que en la actualidad la legitimidad ya no suele darse como modelos puros, sino que en la actualidad las sociedades modernas ya no se basan en un hábito o tradición, sino que la legitimidad de un Estado se funda preferentemente en la autoridad constitucional y legal, en el compromiso con un código de regulaciones legales.

Por consiguiente, la dominación racional, o legal-racional, es la que sirvió de fundamento al modelo de Estado que conocemos como Estado de Derecho. El mecanismo legitimador radica aquí en el respeto general a unas reglas decididas según el criterio de la mayoría del cuerpo social. Ahora bien, tanto si hablamos en términos weberianos, de legitimidad tradicional, carismática o racional-legal, lo estamos haciendo de lo que se ha dado en llamar “legitimidad de origen”. Sin embargo, “a partir de un momento determinado se entiende que no basta con la legitimidad de origen, sino que es necesaria una legitimidad de ejercicio” (Díaz, 1990, p. 45). Además,

La legitimidad de ejercicio radica no ya en quién toma las decisiones políticas, en la substancia de la autoridad ostentada, sino en si aquellas satisfacen determinados objetivos o valores. No basta, en definitiva, con que los gobernantes sean elegidos democráticamente o las leyes sean aprobadas por una mayoría de la sociedad. Ya no es importante sólo el cómo, sino el qué. El problema se plantea entonces a la hora de determinar cuáles son esos objetivos o valores que debe satisfacer la autoridad política para ser calificada como legítima. (Del Hierro, 2013, p. 181)

Po ello, la legitimidad en términos políticos, es reconocido de dos formas: por un lado, el reconocimiento internacional de un Estado, de su poder político supremo e independiente. Y por otro lado y el más importante, la legitimidad es el reconocimiento por parte de la población de que los gobernantes de su Estado son los verdaderos titulares del poder y los que tienen derecho a ejercerlo, a crear y aplicar normas jurídicas, disponiendo del monopolio de la fuerza, de acuerdo con esas normas, sobre la población. Por tanto, la soberanía y la legitimidad son las propiedades esenciales del poder político estatal. Pero la legitimidad se refiere sobre todo a la cuestión interna del título y ejercicio del poder.

2.4.3. Legitimidad en términos jurídicos

En la Filosofía jurídica, el término legitimidad alude a los principios de justificación del Derecho; el Derecho, como “punto de vista sobre la justicia” (Legaz Lacambra, 1958, p. 8). Por lo que, “la legitimidad o justicia de las normas jurídicas expresa concordancia o discordancia de esas normas con un determinado sistema de valores” (Bobbio, 1958, p. 35). En ese sentido, para aquellos que defienden la necesidad de valorar las normas del ordenamiento

jurídico desde una perspectiva de su justicia o injusticia,

No basta con que un determinado sistema de legalidad posea autojustificación, lo que se entiende por validez, sino que es preciso plantearse su legitimidad, su justicia. El problema vuelve a ser aquí el de determinar cuál sea ese sistema de valores con el que las normas deben concordar para ser valoradas como legítimas o justas. (Del Hierro, 2013, p. 182)

Parfraseando a Del Hierro (2013), el autor refiere que por mucho tiempo el sistema de valores se identificó con el llamado Derecho Natural, como el iusnaturalismo platónico-aristotélico o el estoico, hasta el racionalista, pasando por su expresión más depurada, el iusnaturalismo escolástico, en la cual defendieron con carácter general la existencia de principios que provenían de la misma naturaleza, de Dios o de la razón, por lo que eran universalmente válidos e inmutables. Tales principios debían ser plasmados en el derecho positivo, de modo que éste dejaría de ser válido cuando se opusiera a ellos. Entonces, la justicia de las normas se identificaba de este modo con su conformidad con una ley superior de naturaleza trascendente.

Por consiguiente, tras haber superado el iusnaturalismo, el positivismo jurídico que había sumido la teoría de la justicia del Derecho en un Estado legal, en el cual sus normas debían ser aplicadas por subsunción, vulnerando derechos a costa de intereses; sin embargo, fue que en la segunda mitad del siglo XX que se retomó la cuestión, aunque ahora desde nuevas perspectivas, como son el de justicia procesal o procedimental y el de la justicia como teoría de los derechos humanos. La justicia

procedimental, consiste en que abandona los criterios de legitimidad de origen y de ejercicio para centrarse en diseñar las condiciones hipotéticas (posición original) bajo las cuales se podría alcanzar un contrato social, un acuerdo original sobre los principios que han de asignar los derechos y deberes básicos y determinar la división de los beneficios sociales (Rawls, 1979). En cambio, “la teoría de los derechos humanos como concepción de la justicia, quienes la sostienen defienden que resuelve, bajo un mismo axioma valorativo, el criterio de legitimidad del orden legal y los criterios de justicia distributiva y conmutativa” (Del Hierro, 2002, p. 32). Por lo tanto, los derechos humanos, como derechos subjetivos morales, tienen como base y fundamento a la persona humana y su dignidad, en la cual se debe proteger sus valores positivizados constitucionalmente como los de libertad, igualdad, justicia y seguridad jurídica.

Por ello, la legitimidad en términos jurídicos se identificaría con su concordancia con el sistema de valores que representan los derechos fundamentales positivizados en cada ordenamiento del sistema jurídico de cada Estado y a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, lo que implica un consenso general acerca de su validez paradigmática; ello significa, que no basta, que las normas jurídicas estén dotadas de una validez meramente formal, es decir que sean dictadas por un órgano competente, sino que implica también su validez

material, en que dichas normas respeten y aseguren la plena satisfacción de los principios de libertad, igualdad, justicia, solidaridad y seguridad jurídica, que constituyen la substancia de los derechos humanos, universalmente aceptados como paradigma de la justicia material. Por lo que la legitimidad, no es otra cosa que su manifestación como justicia democrática. Sin embargo, “la legitimidad democrática, siendo como es una condición necesaria, no es una condición suficiente, sino que necesita complementarse con la incorporación de los derechos humanos como concepción de la justicia (Del Hierro, 2013, p. 183).

En conclusión, la legitimidad en términos jurídicos está basado en que una norma constitucional y legal es obedecida sin que medie el recurso al monopolio de la ley. Por lo que, los requisitos que ha de cumplir una norma jurídica para ser legítima son: la validez, la justicia, y la eficacia. Esta legitimidad se subdivide a su vez en legitimidad formal y material. La formal se entiende como el correcto proceder de los órganos estatales con respecto a todos los procedimientos establecidos en el Ordenamiento Jurídico. En cambio, la legitimidad material es aquel consenso (reconocimiento) del pueblo creado en aprobación de la ley creada o de la actuación gubernamental.

A. La validez

Una norma es válida cuando puede ser identificada como perteneciente a un sistema jurídico, porque cumple con las condiciones prescritas en ese sistema para ese tipo de normas;

además, requiere que no entren en conflicto con otras normas del ordenamiento jurídico. Las normas están por orden de rango según el artículo 51 de la Norma Fundamental, en la cual prescribe que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”.

Ello implica, que una norma es válida, cuando esta prescrita dentro del sistema jurídico vigente, y además cuando cumple con los requisitos tanto formales y materiales; formales, porque tiene que haber sido creada por un órgano competente bajo el debate político; y materiales, porque una norma vigente no solo debe estar vinculada a un sujeto normativo y aún procedimiento, sino que además debe estar basada a un cierto ámbito material de regulación, para su producción y cuando existe un acuerdo con el derecho; además, debe estar revestida de legalidad, para obedecerla y aplicarla ante un conflicto de intereses.

Por lo tanto, una norma será válida solo cuando cumpla al menos con tres requisitos indispensables: Primero, que haya sido emitida por un órgano competente, ello implica, que la norma solo será válida si esta proviene del debate de un parlamento, la cual se plasma en el ordenamiento jurídico de acorde su jerarquía y que esté vigente al momento de su aplicación; Segundo, que se haya dado conforme al procedimiento establecido, ese procedimiento tiene que haber sido debatido mediante un debate político para su incorporación

al sistema jurídico y que cumpla con su rol para la cual fue creada; y por último, conforme a lo permitido respecto a su contenido, es decir que, la norma será válida cuando esté permitida y no esté derogada al momento de su aplicación y no vulnere derechos de los justiciables dentro de un proceso judicial; sin embargo, una norma pierde validez cuando es derogada o abrogada por otra norma. (De Silva Gutiérrez, 2009)

Otra forma de que la norma pierde su validez, “es cuando cumple su condición o fin o culmina su vigencia temporal; en estos casos, la causa generadora de pérdida de validez normativa suele encontrarse prevista en la propia norma jurídica y no en una diversa” (De Silva Gutiérrez, 2009, pp. 127-128).

Por otra parte, “la norma jurídica puede ser despojada de su validez, cuando así, es declarada por el órgano competente. En estos casos, la posibilidad de declaratoria de invalidez se encuentra prevista en una norma jurídica diversa” (De Silva Gutiérrez, 2009, p. 128). Es decir que, será declarada inválida cuando la norma no cumplió con los parámetros encomendados para la que fue creada.

B. La eficacia

Una norma jurídica es considerada eficaz, cuando cumple con su rol para la cual fue creada, “diremos entonces que una norma jurídica es eficaz cuando su efectividad produce los efectos queridos por quien la produce o consigue hacerla producir” (Correas, 2011, p. 69). *Prima facie*, se observa que involucra la

voluntad del poder. Además, es necesario agregar que una norma jurídica eficaz, tiene dos elementos como son la efectividad para la cual fue creada y la voluntad del legislador.

En primer lugar, hablar de efectividad significa que la eficacia implica haber comprobado la efectividad o ineffectividad de las normas, dado, que algunas normas si bien son creadas para prohibir o permitir, pero no tienen la eficacia o no son cumplidas por la sociedad, y otras que sin estar normadas son cumplidas con efectividad por la sociedad; v.gr las ordenanzas municipales que prohíben arrojar basura, es una norma legítima pero no es cumplida por la sociedad; por lo tanto, no es eficaz deviniendo en ineficaz; con respecto a la normas que sin estar normadas son efectivas; v.gr las muy conocidas colas en las panaderías o los bancos, no están explícitamente dentro de un ordenamiento jurídico, pero tienen efectividad y son cumplidas por la sociedad.

En segundo lugar, teniendo en cuenta lo dicho por Correas (2011), hablar que la norma es eficaz porque fue dada por la voluntad del legislador, tiene dos elementos la subjetiva y la objetiva; con respecto al elemento subjetivo, es discutible porque el legislador da una norma, de acuerdo a una conveniencia política, basados en los discursos del legislador previos a la producción de la norma cuya eficacia es puesta como objetivo de estudio, a los cuales los juristas suelen llamarlo exposiciones de motivos que suelen preceder a ciertas

leyes, pero bajo una percepción subjetiva del legislador; y es objetiva, porque la verdadera intención del legislador, no se encuentra en sus mentiras o creencias, sino en la objetiva función que la sociedad ha de cumplir la norma.

Por ello, la eficacia de la norma jurídica, es efectiva cuando fue creada para un fin determinado y es cumplida por la sociedad; sin embargo, algunas normas están dentro del ordenamiento jurídico y no son cumplidas y otras no están explícitamente en el ordenamiento jurídico y son cumplidas por la sociedad; por ello, cuando una norma es legislada por la voluntad del legislador, no tiene que ser legislada por una percepción subjetiva del legislador mediante creencias y mentiras, sino debe ser objetiva y creada mediante debate político, pero basado en un estudio previo y que esté acorde con la sociedad cambiante y no sea una mera subjetividad parlamentaria.

C. La justicia

La justicia de una norma jurídica debe guardar una relación de eficacia y validez. Parafraseando a Taveras Marte (2015), podemos decir que, si la validez es una propiedad que predicamos de la norma en tanto que norma jurídica, y la eficacia una propiedad relacionada con su grado de cumplimiento social, la justicia mide la adecuación de una norma o del conjunto del sistema a un orden normativo distinto del Derecho, pero íntimamente relacionado con él, que llamamos moralidad; una norma justa si resulta conforme con lo que

manda la moral, e injusta en otro caso.

Por lo tanto, una norma jurídica puede ser válida y/o eficaz, y sin embargo no ser justa; no cabe pensar que una norma sea jurídica simplemente porque sea justa, “ni la justicia hace de una norma moral una norma jurídica, ni la injusticia supone que una norma jurídica deje de serlo” (Taveras Marte, 2015, p. 12).

2.4.4. La legitimidad en el Estado democrático constitucional

La legitimidad es un atributo del poder político, lo cual significa que en la época actual es un atributo del Estado. Dado, que es la cualidad de un Estado por la cual éste está justificado en la posesión y ejercicio de la autoridad. Al respecto Díaz Elías (1984), refiere que, en la actualidad se distinguen tres tipos de legitimidad:

i) La que deriva de la legalidad, en la cual un Estado, una vez constituido, establece las normas generales por las cuales ha de regirse, desde la creación de los órganos de gobierno, pasando por la creación de leyes hasta la aplicación y ejecución de las mismas (legitimidad jurídica o legal); ii) La que deriva del reconocimiento y la aceptación social, es aquella en la que se manifiesta en la habitual obediencia de la población al poder constituido (legitimidad sociológica); y por último, iii) La que deriva de la justicia de las decisiones del poder político, en la cual la justicia hace referencia a valores supremos que deben inspirar la acción del gobierno y que impregnan todo el contenido de las leyes y demás decisiones políticas; dentro de estos valores tenemos el valor libertad, la igualdad, la seguridad, la paz, el bienestar, la felicidad del mayor número (legitimidad axiológica). (pp. 27-33)

Estos tres tipos de legitimidad, se pueden convertir en tres aspectos, de la misma si se combinan entre sí. Por lo que, “en la teoría jurídica cada uno de estos aspectos ha dado lugar a una de las tres dimensiones del derecho: legalidad, eficacia y justicia, e

incluso alimentaron durante siglos diferentes concepciones jurídicas: positivismo jurídico, sociologismo-realismo jurídico e iusnaturalismo” (López Hernández, 2009, p. 162). Sin embargo, estos tres tipos o aspectos de la legitimidad se contraponen frecuentemente, dando lugar a un debate interminable, según los avatares políticos de cada época.

La legitimidad al estar dentro del poder político está enmarcada en la democracia deliberativa, lo cual implica que es una teoría normativa que propone que las decisiones políticas se tomen por un procedimiento de deliberación democrática. Por lo tanto, el procedimiento deliberativo se convierte así en un proceso de justificación o legitimación de las decisiones políticas, dado que, si no es así, “si todos los interesados no participan en la deliberación y toma de decisión de los asuntos que les conciernen, la toma de decisiones no es legítimamente democrática” (López Hernández, 2009, p. 163).

Por lo tanto, dentro de este marco teórico de la democracia deliberativa se plantean tres cuestiones sobre la legitimidad: a) La autoridad, es quién deberá tomar las decisiones políticas; b) El procedimiento, cómo deben tomarse estas decisiones; y por último, c) La sustantividad, cuál es el contenido justo o legítimo de una decisión (Martí, 2006, p. 24).

Siguiendo a Martí (2006), este Autor refiere que en una u otra de las tres cuestiones se pueden distinguir distintos tipos de legitimidad tales como: a) el procedimentalismo radical, si nos

fundamos sólo en la autoridad y en el procedimiento; b) el sustantivismo radical, si nos establecemos sólo en la justicia de la decisión; y por último, c) la concepción mixta, si combinamos ambos métodos. Además, se puede advertir

Que en un análisis no demasiado profundo se pueden detectar vicios en la legitimidad de los tipos a y b. Respecto al procedimentalismo radical (a): si dejamos todo el poder para tomar decisiones, con cualquier contenido, a aquéllos que han sido designados legalmente y ateniéndose sólo a procedimientos formales, pueden utilizar su poder para hacer leyes bárbaras o brutales, como las que emanaron los Estados totalitarios en su momento. Respecto al sustantivismo radical (b), se produciría el mismo resultado de la manera inversa: si el procedimiento para nombrar la autoridad y para que ésta haga las leyes es irrelevante, entonces cualquier persona puede acceder al poder y hacer las leyes que quiera con cualquier contenido, simplemente alegando que esas leyes son justas, según sus propias razones, evidentemente. Así, las dictaduras estarían justificadas, si sus decisiones son consideradas “justas”. Estos argumentos son los que han sostenidos algunos iusnaturalistas desde una posición reaccionaria tratando de justificar regímenes dictatoriales, y también se pueden hallar ejemplos en aquellos sectores izquierdistas que justifican dictaduras en nombre de la toma de decisiones “justas” para el pueblo o el proletariado. (López Hernández, 2009, p. 163)

De ello, podemos deducir que la legitimidad sólo puede sustentarse en la llamada concepción mixta (c), que contempla una mezcla de los tres aspectos: a) procedimiento legal para nombrar a la autoridad, b) procedimiento legal para hacer y aplicar las leyes, y c) contenidos mínimos para la toma de decisiones, es decir, para hacer leyes y aplicarlas; estos contenidos mínimos son ciertos valores básicos que se resumen en el valor de la justicia. (López Hernández, 2009)

Por ello, la legitimidad en el Estado democrático constitucional está enmarcado en el concepto de Constitución, lo cual comprende el conjunto de normas jurídicas básicas de un Estado que garantizan los derechos fundamentales individuales, políticos y sociales y regulan la limitación del poder absoluto y arbitrario; ello implica, que la finalidad de toda asociación política debe ser la conservación y el respeto de los derechos fundamentales e imprescriptibles del hombre y de la sociedad, dentro de los cuales está inmerso los derechos a la justicia imparcial por parte de los poderes públicos, la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; por cuanto, las constituciones actuales regulan a la vez la estructura democrática del Estado y los derechos fundamentales de los ciudadanos con la garantía de su protección.

Finalmente, “si la legitimidad es la creencia de la población sujeta a un orden político en la validez de dicho orden” (Weber, 2002, p. 26). “O la creencia de la población de que el orden político que les gobierna es merecedor de reconocimiento” (Habermas, 1981, p. 249). En ambos casos, el Estado de derecho democrático constitucional, por su forma de constitución y de funcionamiento y por el contenido de sus decisiones, es sin duda el modelo de Estado que ostenta el mayor grado de legitimidad en el momento contemporáneo actual.

2.5. TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS

2.5.1. Etimología

El diccionario de la Real Academia Española refiere que Principio significa “comienzo origen” el “punto que se considera primero en una extensión”, extensión que necesariamente parte del primer punto y que nos lleva a un segundo punto. También señala que de principio deriva el verbo transitivo principiar, que se refiere a “dar comienzo una cosa”, y el adverbio principalmente, que significa “fundamental o esencialmente” y que refiere al cimiento sobre el que descansa una cosa, o bien la razón principal con que se pretende afianzar y asegurar algo.

Ahora bien, desde el punto de vista etimológico principio hace referencia a dos cosas que se relacionan entre sí: primero, a un cimiento o afianzamiento o un fin; y segundo, a un nexo que relaciona este cimiento o afianzamiento o fin con aquello que se quiere asistir, sostener o afianzar. (Islas Montes, 2011)

Entonces, principio jurídico será la relación razonada que correlaciona un fundamento, valor meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello que se deba relacionar; siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico; y el fundamento, valor, meta, fin o estándar establecido como relevante para el derecho su esencia. (Islas Montes, 2011) En líneas generales, podemos decir que el principio jurídico “es la relación razonada que correlaciona un estándar establecido como relevante para el derecho con aquello

que se deba relacionar, siendo la relación razonada el elemento determinante del principio jurídico, y el estándar, su esencia” (Islas Montes, 2010, p. 397). Paolo Comanducci, dice que los principios jurídicos son “como una clase de normas: respectivamente, los principios jurídicos como una clase de las normas jurídicas, y los principios morales como una clase de las normas morales. En particular, los principios han sido individualizados diferenciándolos de las reglas de conducta” (1998, p. 90).

Alexy, afirma que los principios son mandatos para optimizar, es decir mandatos definitivos. Lo cual define dos conceptos entre mandatos para optimizar y mandatos a optimizar. El primero, mandato para optimizar refiere que se encuentra en un meta nivel, es decir en el nivel de las reglas. Mientras que el segundo, mandatos a optimizar ocuparían el lugar de los principios. Ambas nociones, reglas y principios, conforman el llamado mandato de optimización.

Por lo tanto, los principios, son normas reglas que ordenan, para la resolución de un conflicto de intereses en los llamados casos difíciles, que se realice en “la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (Alexy, 1993, p. 86). Es decir, que en el criterio de la optimización hay una separación fuerte entre normas principios y reglas, por lo que, según Alexy se da la tesis fuerte de “la separación entre principios y reglas, una separación cualitativa y no gradual que lleva a sostener que toda norma es o bien una regla o un principio” (1993, p. 87).

Entonces, si el principio jurídico es despojado de la relación razonada y de su relevancia, quedaría algo meramente axiológico, ontológico o teleológico y no tendría ninguna relación necesaria con el derecho. Por ello, los principios jurídicos establecen algo fundamental y son impersonales, dado que no enfocará lo personal ni lo particular hasta que se relacionen entre sí mismo, es decir, que el cimiento o afianzamiento o un fin, con el nexo que relaciona este cimiento o afianzamiento o fin con aquello que se quiere asistir, sostener o afianzar.

2.5.2. Importancia de los principios

Los principios son importantes, por cuanto, son aspiraciones de un Derecho constitucionalizado en espera de ser plasmados dentro del ordenamiento jurídico, con la única finalidad de tutelar los intereses de los justiciables dentro de un proceso judicial; no obstante, que una vez plasmados dentro del ordenamiento jurídico se convierten en garantías y estas son obligatorias para el legislador y para el Juez.

Por lo tanto, la importancia de los principios radica cuando se ponen en práctica y se hacen valer, es decir, no modificando esas garantías por las leyes posteriores, no negando otros principios; sino garantizando los derechos del imputado y del agraviado; efectivamente, sin los principios y garantías no existe, el debido proceso, no sería un proceso justo y razonable, per se, tiene que cumplir las etapas formales secuenciales e imprescindibles realizadas dentro de un proceso por los sujetos procesales, en la

cual se deben cumplir los requisitos prescritos en la Constitución y en las leyes, con la única finalidad de proteger los intereses de los justiciables; dado, que el Estado garantiza la tutela jurisdiccional efectiva y protege los derechos fundamentales de los justiciables dentro de un proceso judicial.

2.5.3. Funciones de los principios jurídicos

Los principios jurídicos cumplen funciones que son fundamentales y sirven de guía a los órganos públicos y privados, ya sea en la elaboración de normas, así como en la aplicación de las mismas, lo cual constituye un asidero interpretativo-argumentativo de las normas antes de resolver la controversia. Para ello, los principios cumplen las siguientes funciones: A) función interpretativa; B) función integradora; C) función garantista de las situaciones jurídicas de ventaja; D) función orientadora o informadora del orden jurídico; E) función limitadora de la acción de los poderes públicos; F) Función sistematizadora del ordenamiento y de la ciencia jurídica; G) función antiformalista o mejor dicho sustancialista; y por último H) función prescriptiva.

A. Función interpretativa

Los principios jurídicos cumplen una destacada función interpretativa. Dado, que “cumplen el papel instrumental de atribuir el significado preciso a la norma o normas que el principio informa. Interpretar es reconducir las normas a los principios” (García De Enterría, 1984, p. 133). Es decir, delimitan el sentido de la norma, marcan sus alcances y sus

conexiones sistemáticas.

En tal sentido, las reglas al ser aplicadas deben considerarse “las indeterminaciones de las normas que surjan a raíz de las diferentes posibilidades que plantea la aplicación normativa, estas han de resolverse de la manera más acorde con el principio” (Navarro Fallas, 1998, p. 9). Los principios imponen una interpretación extensiva de acorde a la norma fundamental sin vulnerar derechos fundamentales, cuando la disposición se expresa en términos excesivamente restringidos y debe ampliarse la letra de la ley hasta contemplar todos los supuestos que el principio exige, pero sin vulnerar derechos. Ello implica, que “la interpretación, será restrictiva si la disposición se expresa en términos excesivamente amplios y es necesario reducir el alcance de la letra del texto hasta que comprenda sólo los que sean coherentes con el principio” (Navarro Fallas, 1998, p. 10).

Por ello, la función interpretativa constituye la forma de cómo se debe interpretar la norma, y esta interpretación debe ser acorde con el principio, *per se*, debe rechazarse toda interpretación que conduzca a un resultado que contradiga directa o indirectamente al principio; es decir, que a una norma regla no se le debería atribuir un significado de tal forma que fuera inconsistente con un principio válido del ordenamiento jurídico.

B. Función integradora

Esta función tiene como objeto que toda norma regla ante un vacío legal, conflicto de normas o indeterminación del derecho dentro del ordenamiento jurídico, los principios suplen la falta de reglas para resolver el conflicto planteado en el caso concreto. Además, es necesario indicar que los principios también cumplen una función de garantía de los derechos de los administrados y de la sociedad en general y limita a los poderes públicos que toda norma que va a ser aplicada debe pasar por un filtro de constitucionalidad y no vulnerar el principio.

Por ello, la función integradora es la encargada de velar por los derechos fundamentales, y el límite de los poderes públicos del Estado; ello implica que, “ante cualquier vacío legal, conflicto de normas o indeterminación del derecho, se debe aplicar la norma, pero sin vulnerar el principio” (Navarro Fallas, 1998, p. 10).

C. Función garantista de las situaciones jurídicas de ventaja

Para Navarro Fallas (1998), esta función está inmersa en garantizar, los derechos de las personas naturales y jurídicas; y en general de la situación jurídica de libertad, autonomía y dignidad de las personas (físicas o jurídicas). En tal sentido, la función garantista es una garantía que protege situaciones jurídicas de ventaja de los administrados, quienes pueden invocarlos frente al Estado. También los hay en protección de

los intereses públicos; tales como, el principio de autotutela o principio de eficiencia administrativa. Sin embargo, éstos últimos tienen un sentido instrumental y se encuentran al servicio de los fundamentales, frente a los que ceden en caso de conflicto.

D. Función orientadora o informadora del orden jurídico

Esta función, cumple la de orientar e informar que toda norma legal del ordenamiento jurídico al momento de resolver la controversia y ser aplicada por los órganos de control, esta debe ser acorde con el principio; es decir, debe informar que la norma no debe vulnerar derechos de las personas naturales o jurídicas, e informar que esta norma va a aplicar al caso concreto no vulnera los derechos de los justiciables dentro de un proceso judicial.

E. Función limitadora de la acción de los poderes públicos

Parafraseando a Navarro Fallas (1998), esta función, limita todo acto de los poderes públicos que sean contrarios a los principios, en la cual los principios protegen los derechos de las personas; por lo tanto, esta función es limitar o mejor dicho que toda norma legal que sea aplicada por los poderes públicos debe ser coherente con los principios; porque, los principios protegen los derechos y en general las situaciones jurídicas de poder de los administrados.

Por ello, esta función resulta importante dentro de la función de los principios; dado, que limita a todo órgano de control al momento de resolver la controversia de no vulnerar el principio que está inmerso dentro de la norma legal, mejor dicho, la razón subyacente oculta dentro de la norma legal.

F. Función sistematizadora del ordenamiento y de la ciencia jurídica

Esta función, “cumple el papel de sistematizar el ordenamiento jurídico (objeto) y el conocimiento científico (ciencia)” (García De Enterría, 1984, p. 42). Efectivamente, el ordenamiento jurídico requiere para su completitud y plenitud: autonomía y especialidad (esto es para dar respuesta a los conflictos en concreto, sin acudir a otras ramas del Derecho). Además, “requiere también de una unidad de sentido material, dada por los principios generales de dicho ordenamiento, que son los que hacen posible la conexión material entre normas aparentemente aisladas, fragmentadas y contradictorias entre sí” (Navarro Fallas, 1998, p. 11).

Por lo tanto, en virtud de la presencia de principios, es posible interpretar el ordenamiento jurídico otorgándole o descubriendo su unidad de sentido, tanto vertical (con respecto de las normas inferiores y superiores) y horizontal (entre normas de igual rango) e integrar las lagunas normativas que dicho ordenamiento presenta. En efecto, podemos afirmar que solo hay ciencia cuando se “tiene un objeto de estudio debidamente

identificado, un método apropiado a ese objeto y principios propios que sistematicen y den unidad, ya no al objeto (ordenamiento), sino al conocimiento científico (conocimiento teórico sistemático elaborado a partir del estudio del objeto)” (Navarro Fallas, 1998, p. 11). En ese sentido, podemos afirmar que sin principios propios no hay conocimiento científico autónomo.

G. Función antiformalista o mejor dicho sustancialista

Los principios cumplen una función antiformalista (sustancialista). Porque, “permite al intérprete saltar los estrechos horizontes que le fija el texto y adentrarse en la inmanencia de la norma” (Navarro Fallas, 1998, p. 12). Dworkin (1984), nos narra un buen ejemplo de la jurisprudencia norteamericana de finales del siglo pasado, El caso Riggs vs. Palmer, resuelto en 1889 por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York, en la cual, para alcanzar un mayor grado de justicia, el Tribunal de New York interpretó las normas jurídicas a partir de principios jurídicos arribando a conclusiones muy distintas de las que una interpretación literal ofrecía. El Tribunal le reconoce a los principios valor superior a las normas escritas, al punto de desaplicarlas por contradecir principios en el caso concreto.

De esto podemos deducir, que los principios superan la literalidad de las normas y se proyectan más allá del formalismo que ellas contienen, siempre, con el ánimo de alcanzar mayores

grados de protección de las situaciones jurídicas de ventaja esenciales al ser humano; además, lo encontramos en la aplicación del principio *pro-homine y pro-libertatis* propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, al Derecho interno, excepcionando incluso normas constitucionales. Así, la Sala Constitucional ha reconocido que dichos principios “se aplican conjuntamente con aquel otro principio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que prescribe la primacía de la norma más favorable al ser humano, es decir, prevalece indistintamente de su rango y fuerza aquella norma que más proteja” (Navarro Fallas, 1998, p. 12).

Por ello, la función antiformalista tiene por finalidad superar la forma literal de aplicación de las normas; ello implica, que la controversia se debe resolver con la interpretación y la integración a partir de principios, lo cual nos conducirá a niveles superiores de justicia. Porque, en la actualidad los principios son un elemento sustancial perteneciente al contenido primario de la norma y su aplicación nos conduce inexorablemente a la superación del formalismo jurídico.

H. Función prescriptiva

Esta función tiene como finalidad la de prescribir soluciones jurídicas; porque, los principios cumplen una destacada función prescriptiva. Se entiende por ella una función normativa, de prescribir soluciones jurídicas. Esta función, es consecuencia del valor jurídico de los principios, que demandan una aplicación

directa e inmediata. Bajo ese contexto, es que los principios se imponen a las normas jurídicas existentes de igual o de inferior rango, dado, que “resuelven casos concretos en caso de conflicto de normas, vacíos legales, indeterminación del derecho o lagunas del ordenamiento jurídico e impiden la creación de restricciones, limitaciones y prohibiciones no autorizadas expresamente por ley formal” (Navarro Fallas, 1998, p. 11).

Teniendo en cuenta lo dicho por Islas Montes (2011), En esta Función, los principios jurídicos cumplen una función determinante y una función regulatoria; en la primera, se determinan para resolver casos, que determinan ciertas cuestiones para su aplicación aunque sea de manera abierta, pues los principios quedan determinados por el contenido constitucional y otro tipo de estándares o pautas; y en la segunda, limita la obtención del resultado, que este se produzca en apego a la ley, esto es, que la norma *stricto sensu* sea construida derivativamente de otras normas *lato y stricto sensu* y que su aplicación quede enmarcada dentro de los fines de las normas de donde se construyó.

2.5.4. Los principios como relación razonada

La relación razonada de los principios correlaciona un fundamento, valor, meta o fin, o un estándar establecido como relevante para el derecho, muestra que son productos volitivos que los juristas han querido y construido a través del tiempo. Además, cuando

enunciamos *notorium non eget probatione* (lo notorio no requiere prueba), damos una muestra clara de que existe algo que es público y sabido por todos, por eso es relevante para el derecho que por su relevancia estimamos no requiere ser probado en los procesos jurisdiccionales. (Islas Montes, 2011) Esta es la relación razonada de los principios, porque es relevante para el derecho. De igual manera, cuando decimos,

aliquis non debet esse iudex in propria causa” (nadie debe ser Juez en la propia causa), mostramos que existe un valor, que es la rectitud, que se considera debido a establecer en el derecho como relevante que debe ser seguido por medio de la imparcialidad, particularmente por aquel que ha sido colocado en la posición de Juzgador. Este es una relación razonada que se vincula al valor rectitud y que hace esto que sea un principio jurídico. (Islas Montes, 2011, p. 406)

Ante esto es necesario mencionar que uno de los juristas más importantes de la época como es Ronald Dworkin utilizó el famoso caso Riggs vs Palmer² para mostrar la diferencia entre principios y reglas, en la cual la sala de apelaciones falla no de acuerdo al texto legal sino conforme al principio jurídico “nadie puede beneficiarse de su propio delito”; pues de acuerdo con la posición mayoritaria de los Jueces de la sala de apelaciones representada por el Juez Earl, el Nieto asesino de su Abuelo no debería heredarlo.

Así, el principio “nadie puede beneficiarse de su propio delito” contiene un establecido un estándar relevante, acto ilícito, que es relacionado con el beneficio que hacer lo lícito; esta es su relación

² El caso fue resuelto en 1989 por el tribunal de apelaciones de Nueva York y se encuentra en el volumen 115 del registro de casos del Estado de Nueva York a partir de la página 506.

razonada del principio. *Per se*, podemos ver como un principio jurídico puede desplazar al texto legal por vulneración de un derecho fundamental.

Por ello, los principios como relación razonada siempre han estado presentes; ya que, siempre se ha vinculado ciertos fundamentos, valores, metas o fines u otros estándares que sean relevantes para el derecho, dado que así lo va exigiendo la sociedad contemporánea; por consiguiente, la diferencia entre reglas de acción y principios en sentido estricto estriba en que los principios configuran al caso de forma abierta; en cambio las reglas, lo hacen de forma cerrada. Con ello, queremos decir que en las reglas las propiedades que lo conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado; en cambio los principios, no puede formularse una lista cerrada de sus propiedades.

2.5.5. Los principios jurídicos como estándares de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, es uno de los juristas más influyentes respecto a los principios jurídicos, en el cual atribuyó a H.L. Hart como el blanco de su ataque general al Positivismo jurídico, la cual esta corriente filosófica tiene una única fuente legislativa del derecho y pasa por alto aquellos estándares que no son normas.

Dworkin “organiza su estrategia en torno al hecho de que cuando los juristas hablan sobre derechos y obligaciones jurídicas, particularmente en relación con los casos difíciles, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que opera como principios” (Islas Montes, 2011, p. 400).

El ataque de Dworkin al positivismo jurídico se basa en una distinción lógica entre normas, directrices y principios, en la cual refiere que el modelo positivista es estrictamente normativo; dado, que solo puede identificar normas, y estas tienen la particularidad de aplicarse todo o no aplicarse, dejando de lado el análisis de las directrices y los principios. (1989) El autor pretende demostrar que la visión del derecho es unilateral, en la cual, junto a las normas, existen principios y directrices políticas que no se pueden identificar por su origen, sino por su contenido y por su fuerza argumentativa; además, agrega que:

Las directrices hacen referencia a objetivos sociales que se deben alcanzar y que se consideran socialmente beneficiosos. Los principios hacen referencia a la justicia y a la equidad. Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio "su peso específico" es el que determina cuando se debe aplicar en una situación determinada. (Dworkin, 1989, p. 9)

Por ello, los principios jurídicos como estándares de Ronald Dworkin, hacen referencia que con el positivismo jurídico se deja estándares como los principios y las directrices políticas, que sirven para resolver los casos llamados difíciles; ya que, los principios además informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el Juez cuando viola un principio que ese caso específico se considera importante; ello implica, que cuando los juristas razonan o discuten sobre derecho y obligaciones jurídicas, echan mano de estándares que

no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios y directrices políticas. Finalmente, el principio como estándar propone un objetivo que va a ser alcanzado, por el conjunto de estándares que no son normas, dado que los principios son estándares de la relación razonada del derecho; ello implica, que el ordenamiento jurídico no solo está compuesto por un conjunto de normas, sino también por principios jurídicos y directrices políticas.

2.5.6. Los principios como mandatos de optimización de Robert

Alexy

Alexy, en la ponencia presentada en San Sebastián en septiembre de 1998, parte de que “tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas” (1998, p. 140). Afirma que el problema sobre los principios se circunscribe a diferenciarlos de las reglas, pues ambos pertenecen al conjunto de normas ambos son clase de mandatos, en la cual refiere que las normas (reglas y principios), parten del criterio de generalidad, al referirse que “los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas de un grado relativamente bajo” (1998, pp. 140-141). Además, agrega que para poder entender esta diferencia hace un ejemplo respecto a la libertad de creencias, dice que: la norma de un grado relativamente alto de generalidad es la norma de que todos gozan de libertad de creencias; en cambio, tiene un grado relativamente bajo de generalidad una norma que dice que todo recluso tiene el derecho de apartar a otros reclusos de sus creencias.

Pues finalmente, ambos pertenecen al conjunto de normas, ambos son clase de mandatos; por cuanto,

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios, es que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser solo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla o no ser realizada en distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimiento. Si exige la mayor medida de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla. (Alexy, 1998, pp. 143-144)

Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible; esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado; es decir, toda norma es o bien una regla o un principio. Por ello,

Los principios como mandatos de optimización de Robert Alexy comprenden dos clases: reglas y principios. Las reglas son mandatos definitivos; es decir, son normas que pueden ser cumplidas o no, pues dadas determinadas condiciones, ordenan, prohíben permiten u otorgan un poder de manera definitiva, de tal forma que sin son válidas entonces debe hacerse exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos, pues se supone contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible. (Islas Montes, 2011, p. 403)

En cambio, los principios son mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible. Por ello, que exigen la máxima realización posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes; por lo tanto, “están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también jurídicas” (Islas Montes, 2011, p. 403). Esto a su vez, está determinado por reglas y, todo mediante principios que juegan en sentido contrario, hecho que implica que los principios pueden y deben ser ponderados.

2.5.7. Los principios jurídicos como normas de carácter muy general de Manuel Atienza

Atienza, el gran filósofo de ciencia argumentativa nos dice que un ordenamiento jurídico puede clasificarse en reglas y principios.

Las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento. Los principios son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc. (...) y a las que cabe denominar directrices; o bien exigencias de tipo moral (...), esto serían los principios en sentido estricto. (Atienza, 1993, p. 27)

Además, Atienza señala que las normas desde otra perspectiva, “son precisamente directivas, es decir, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos. En general, las normas pertenecen a una categoría especial de directivas, las directivas más fuertes que suelen llamarse prescripciones” (Atienza, 2007, p. 25).

De esto podemos deducir que, para Atienza las normas como conjunto de que se compone un ordenamiento jurídico, comprende reglas y principios. Las normas, son directivas que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidas; es decir, las reglas son normas que establecen pautas más o menos específicas de comportamiento; mientras, que los principios son normas de carácter muy general que pueden ser principios en sentido estricto o directrices. (Islas Montes, 2011, p. 405)

A su vez los principios comprenden dos sub-clases: principios en sentido estricto y directrices. Principios en “sentido estricto, son normas de carácter muy general que señalan exigencias de tipo moral; en cambio, las directrices, son normas de carácter muy general que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social, político, etc.” (Islas Montes, 2011, p. 405).

Por ello, los principios jurídicos como normas de carácter muy general, está referido el principio en sentido estricto, en el cual incorporan valores superiores al ordenamiento jurídico considerados como últimos. Y las directrices que son normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines. Cuando se dice que incorporan valores superiores que el ordenamiento jurídico considera como últimos, nos hablan de la importancia que tiene esos valores que el derecho considera superiores, último, muy generales, es decir, el valor o fin señalado es el estándar relevante que debe ser relacionado racionalmente y cuya

formulación constituye el principio jurídico; es decir, no solo se trata de incluir o incorporar valores o fines, sino que además se han de establecer en relación jurídicamente razonada, pues la relación razonada es el elemento determinante del principio jurídico y el fundamento, valor, meta, fin o estándar, establecido como relevante para el derecho.

2.6. TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO

2.6.1. Etimología

Según la Real Academia Española interpretar significa “explicar o declarar el sentido de algo, y principalmente el de un texto”. Canale Damiano (2012), refiere que la interpretación consiste, en atribuir a un “texto normativo un significado, elegido entre aquellos que el texto interpretado puede asumir en base a las reglas del lenguaje, a las técnicas interpretativas aceptadas por la comunidad de los intérpretes y a las construcciones conceptuales elaboradas por la dogmática jurídica” (p. 136). Ello implica, que en base a estos criterios, cualquier texto normativo puede asumir más de un significado, puesto que la elección del intérprete será inevitablemente discrecional y no podrá ser descripta como un acto cognoscitivo; En efecto, “el derecho no es meramente un catálogo de pautas de conductas identificables a partir de alguna regla de reconocimiento, sino una práctica social específica que tiene como rasgo distinto su carácter argumentativo” (Duque Sandoval, 2007, p. 86). De esto podemos deducir, que un sistema jurídico, dadas las características que poseen estas pautas, no pueden verse

desde la imagen de reglas que se acatan y vulneran, sino que debe contemplarse, desde la imagen de razones que contribuyen y valoran y de argumentos que se discuten.

Por lo que, la práctica judicial consiste en su mayor parte en argumentar y discutir sobre proposiciones y lo que esta exige no puede ser descubierto, sino a partir de los participantes que justifican y defienden estos juicios. Identificar el derecho es tener una posición u ofrecer una interpretación de cuanto ofrece el derecho como argumento.

2.6.2. Fundacionalismo y Coherentismo en el derecho

La teoría interpretativa, está basada en la interpretación del derecho, es decir en dar razones argumentativas para la solución del conflicto de intereses en los llamados casos difíciles, dado que el derecho tiene que fundamentarse teniendo en cuenta el Coherentismo dejando de lado el Fundacionalismo. Pérez Bermejo, tomando como punto de referencia las dos obras más importantes de Ronald Dworkin (*Taking Rights Seriously* 1977, y *Law's Empire* 1986), sostiene que es la segunda que consuma la quiebra del Fundacionalismo, por cuanto, esta sienta las bases en una nueva alternativa, y, presupone un nuevo modelo de organización del sistema jurídico. (Pérez Bermejo, 2006) Ello quiere decir, que esta teoría

arraigó un Estado Constitucional, basado en el Coherentismo, dejando de lado el Fundacionalismo; "lo cual hacía frente a cuestiones planteadas con agudeza en el curso del proceso de

implantación del positivismo jurídico, es decir una teoría descriptivista del sistema jurídico como un conjunto de normas convencionales creadas mediante decisiones” (Pérez Bermejo, 2006, p. 17).

Mientras que el sistema coherentista, alude a una interpretación argumentativa del derecho, por lo que:

El sistema coherentista se basa en los casos llamados difíciles, es decir: En la compleción, coherencia y univocidad en relación con el derecho, es decir que, el sistema coherentista está más bien orientada a la práctica jurídica y por eso no puede prescindir de la dimensión normativa que es inherente a esta, ni de ciertas idealizaciones que parecen implícitas en los procesos de determinación jurisdiccional del derecho vigente. (Pérez Bermejo, 2006, p. 18)

De esto podemos inferir, que el sistema jurídico no solo está compuesto por normas reglas basado en el Fundacionalismo; sino que también está compuesto por normas principios y norma directrices; porque las normas reglas en cuanto a su aplicación al sistema, son todo o nada para su validez y su aplicabilidad, es decir, que “si los hechos por una regla están dados. Entonces o la regla es válida, en cuyo caso la solución que adopta debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso no atribuye en nada a la decisión” (Pérez Bermejo, 2006, p. 100).

En cambio, los principios “exigen un razonamiento más complejo, por lo que nuestros sistemas jurídicos reconocen una pluralidad de principios considerados todos ellos como normas de primer rango” (Pérez Bermejo, 2006, p. 100). Por cuanto, un “sistema normativo es coherente cuando las normas que lo integran están relacionadas

unas con otras mediante operaciones de inferencia correctas” (Rodilla González, 2009, p. 258). En efecto, la coherencia normativa alude a que la aspiración normativa no sea contraria entre sí y que no haya contradicciones entre normas del mismo rango; sin embargo, el sistema jurídico presenta una variedad de conflicto de normas, por lo que, el cumplimiento de una de las normas implica el incumplimiento de las otras, y en colisiones entre principios o valores, el problema consiste en cómo hacerlos compatibles para ponderarlos respecto al caso concreto. (UNAM, 2008)

Por ello, la teoría interpretativa del derecho no solo se fundamenta en la aplicación de una norma regla dada mediante el poder Legislativo apoyado en el Fundacionalismo; sino que, esta teoría alude a una interpretación argumentativa del derecho basado en el Coherentismo, que tiene como base la aplicación de principios; por cuanto, estos exigen rehuir esa lógica deductiva y sustituirla por una lógica gradual o lógica de la ponderación. Dado que, un “razonamiento que se hace cargo de la dimensión de peso e importancia que poseen los principios, y que, por ello, reconoce como su misión fundamental la de medir, puntuar o ponderar dicha importancia cada vez que debemos aplicarlos” (Pérez Bermejo, 2006, p. 101). Ello implica, que, ante un conflicto de normas para resolver la controversia, se tiene que recurrir a la interpretación del derecho y a los principios jurídicos como valores positivizados dentro de un ordenamiento jurídico para los casos llamados

difíciles.

2.6.3. El problema del conflicto de normas o antinomias

El conflicto de normas es un problema en todo ordenamiento jurídico; porque, una de las “funciones básicas del derecho (posiblemente la principal), es la de guiar el comportamiento de las personas, estableciendo qué cursos de acción pueden o no pueden, desde un punto de vista deóntico, llevar a cabo” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1307). Dicho de otra manera, los sistemas jurídicos (y con carácter general, todos los sistemas normativos), determinan que tipo de conductas son permitidas, obligatorias, prohibidas o facultativas. Ello implica,

Que este mecanismo de control de conductas suele tener carácter instrumental, en la medida en que mediante la regulación de comportamientos se pretende alcanzar otros objetivos o desarrollar funciones “superiores” o “últimas”, tales como garantizar cierto grado de orden, seguridad y estabilidad, o alcanzar cierto nivel de justicia en la sociedad. Pero cuales fueren estos fines u objetivos últimos, se precisa para poder alcanzarlos el ordenar los comportamientos de los ciudadanos o instituciones, de tal modo que es habitual concebir el derecho como un conjunto de normas que dirigen la conducta de sus destinatarios. (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1307)

De esto de podemos deducir, que la función de dirigir o guiar la conducta de los destinatarios se ve frustrada cuando el propio sistema correlaciona un mismo caso o situaciones con soluciones deónticas distintas e incompatibles; v.gr. cuando una norma del sistema jurídico establece un cierto modo de cumplimiento que es obligatorio y la otra prohíbe ese mismo cumplimiento que la otra norma permite; situación, que genera controversia en el sistema

jurídico, o también al existir un tercer excluido que reclama dicho cumplimiento generando el conflicto, y por ende vulnerando derechos de los destinatarios, o cuando lo que una norma permite, es al mismo tiempo prohibido por otra distinta.

De esta manera, el “sistema normativo fracasa en su pretensión de ofrecer una pauta de comportamiento claramente determinada, pues está proporcionando instrucciones incompatibles al agente, forzándolo en consecuencia a no poder ajustar su conducta a lo que establecen las distintas normas aplicables al caso” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1308).

A este tipo de situaciones, en las que el sistema normativo nos ofrece pautas de conducta incompatibles, se les denomina de manera general conflictos normativos. Pues como resulta evidente, los conflictos normativos tienen importantes repercusiones prácticas, en la medida en que no permiten ofrecer a los destinatarios una pauta clara y determinada de conducta (incluso peor, si dado que no puede evitarse una infracción normativa, el sujeto se ve abocado a la correspondiente sanción por incumplimiento). (Martínez Zorrilla, 2015) Ello implica, que en un conflicto normativo se puede evidenciar la inconsistencia lógica en el sistema, en la cual este sería defectuoso al menos desde el ámbito formal. Por otro lado, podemos decir que, en la medida en que las decisiones jurídicas, ya sean estas administrativas, civiles, penales, entre otras, estas deben estar justificadas; es decir, mostrado de alguna manera que la decisión tomada por el órgano

jurisdiccional es la jurídicamente correcta conforme a derecho para el caso concreto, pues de la presencia de un conflicto normativo puede plantearse serios problemas de justificación, si del mismo modo podría existir base para justificar otra solución distinta e incompatible.

Por lo que, existen dos formas de aproximación teórico-filosófico al fenómeno de los conflictos normativos. La primera, está referido al problema de tipo formal o referido al propio sistema normativo, en la medida en que los sistemas evidenciarían que el sistema es defectuoso o inconsistente. Esta es la perspectiva tradicionalmente conocida y que ha predominado en la teoría jurídica, a través de las llamadas antinomias o contradicciones normativas; Bobbio, refiere que las antinomias es la “situación en que dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tienen el mismo ámbito de validez imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas” (1991, p. 200). Mientras que Alf Ross, refiere que en un conflicto normativo o antinomias “se imputan efectos jurídicos incompatibles a las mismas condiciones fácticas” (Ross, 1963, p. 124). Como podemos evidenciar, el foco de atención se centra en el propio sistema jurídico que presenta un defecto formal y que conviene dar una respuesta jurídicamente razonable respecto a resolver la controversia.

La segunda aproximación, está más bien referido a la filosofía moral, respecto al debate acerca de los dilemas y conflictos morales, la cual consiste en analizar las cuestiones desde la

perspectiva del agente, de que se encuentra frente al problema de que no puede determinar o justificar educadamente que curso de acción tomar, es decir, tomar una decisión clara a la cuestión planteada, por ejemplo ¿qué debo hacer? Porque parece hacer razones atendibles para apoyar cursos de acción o decisiones incompatibles, sin que todas ellas apunten a una misma dirección (en esta segunda aproximación necesita una investigación aparte; ya que, el presente trabajo se centra en las antinomias de tipo formal). (Martínez Zorrilla, 2015)

Por ello, en la teoría jurídica el problema del conflicto de normas está referido al problema de tipo formal o referido al propio sistema normativo, es decir, al análisis de las antinomias y los criterios para su resolución de conflictos, es uno de los temas clásicos de la teoría general del derecho. Entonces podemos afirmar, que el conflicto de normas es la contradicción normativa dentro de un sistema jurídico; ante ello, Prieto Sanchís dice que existe una antinomia o contradicción normativa “cuando dentro de un mismo sistema jurídico se imputan consecuencias incompatibles a las mismas condiciones fácticas, es decir, cuando en presencia de un cierto comportamiento o situación de hecho encontramos diferentes orientaciones que no pueden observarse simultáneamente” (2002, p. 97). Por lo tanto, “las antinomias producen catástrofes en nuestros razonamientos, convirtiendo en trivial o irrelevante lo que puede ser demostrado en un determinado sistema” (Moreso y Navarro, 2005, p. 127).

Además, es necesario indicar que si los sistemas jurídicos son necesariamente coherentes o simplemente la coherencia alude a un ideal racional que los sistemas jurídicos han de tender; entonces, la concepción como sistema puede hacernos proclives a considerar que la consistencia (como ausencia de antinomias) es una característica definitoria de los sistemas jurídicos, de modo similar para muchos autores el derecho es necesariamente completo ya sean lusnaturalistas o positivistas como Kelsen o realistas como Alf Ross. Si esto fuera así, diríamos que las antinomias son solo aparentes, porque el derecho es consistente y un buen análisis nos diría que tal contradicción normativa no existe; sin embargo, la situación es diferente, dado, que en los sistemas jurídicos existen contradicciones normativas que vulneran derechos y principios de los justiciables.

Por ello, es necesario resolver la controversia de acuerdo a los criterios conocidos para la resolución de conflictos y cuando la controversia no se puede resolver utilizando los criterios de resolución de conflictos, es necesario la ponderación que es propio de un Estado constitucional de derecho.

2.6.4. Clasificación de las antinomias

Para la clasificación de las antinomias se toma como punto de referencia, la conocida clasificación del Alf Ross; por un lado, respecto a los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto, y se distingue entre: a) antinomias de tipo *total-total*, de tipo total-parcial y de tipo parcial-parcial ligadas a la cuestión de

aplicabilidad; y, b) por otro lado, la distinción en lo que podríamos denominar antinomias “*auténticas*” y antinomias “*aparentes*”, que está indisolublemente ligada a la cuestión de la validez de las normas en conflicto.

A. Antinomias auténticas y aparentes respecto a la validez de las normas en conflicto (internas o abstractas)

Las antinomias internas o propias del discurso de validez son la que se pueden observar a través del lenguaje sin ser necesario su aplicación; es decir, que este tipo de antinomias se observan *prima facie*, solo con la lectura del contenido normativo. Por lo que, estas antinomias se da “cuándo los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendamos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra” (Prieto Sanchís, 2002, p. 92).

Según Martínez Zorrilla (2015), refiere que dentro de esta clase de antinomias podríamos diferenciar las antinomias aparentes y las antinomias auténticas o genuinas; en las primeras, nos hallaríamos en aquellas situaciones en las que al menos una de las normas originadoras del conflicto carece de validez jurídica (en sentido de pertenencia al sistema), es decir, lo que en realidad ocurriría, es que al menos una de las normas que podríamos llamar “problemáticas”, en realidad no es tal norma (esto es, no es una norma jurídica propiamente dicha en cuanto que carece de validez), con lo que, el problema, desde un punto

de vista teórico, al menos es solo aparente; en cambio, en las segundas estaríamos ante una antinomia auténtica, si todas las norma implicadas en aquella son normas jurídicas validas, es decir, que en este caso el problema sería real o genuino, puesto que todos los elementos en conflicto coexistirían en el sistema.

Por ello, los criterios de resolución de conflictos de antinomias, se entremezclan las cuestiones de validez y las cuestiones de aplicabilidad, por cuanto, la validez hace referencia, a la pertenencia de una norma al sistema; en cambio, la aplicabilidad se refiere a la posibilidad de poder utilizar una norma como razón para justificar o fundamentar una determinada decisión jurídica, puede ser esta judicial o administrativa.

B. Antinomias en función al ámbito de aplicación de las normas en conflicto (externas o en concreto)

La situación es distinta cuando hay antinomias externas o propias del discurso de aplicación “aquí no podemos definir en abstracto la contradicción, ni contamos con regla segura para resolverla” (Prieto Sanchís, 2002, p. 99). Ello implica, que para la solución del conflicto de normas en concreto o contingentes no podemos recurrir a las reglas clásicas de “*lex superior, lex posterior o lex specialis*” (Alexy, 2003, p. 433).

Para ahondar un poco más respecto a las antinomias en concreto, tomo como referencia el ejemplo de Guastini:

Pensemos en las siguientes dos normas; N5: Los ciudadanos deben pagar impuestos; N6: Los desempleados no tienen la obligación de pagar impuestos. De estas dos normas tomadas como ejemplo se evidencia, “las clases de casos que regulan esas dos normas, “ostentar la ciudadanía” y “estar desempleado”, son conceptualmente independientes” (Cabra Apalategui, 2016, p. 6). Es decir, que las dos normas que entran en colisión para que se produzca la antinomia es que los ciudadanos estén desempleados.

Por ello, que una antinomia en concreto no se da de la validez e interpretación de textos jurídicos; sino de la aplicación de las normas del sistema jurídico a casos concretos. “A diferencia de las antinomias en abstracto, el conflicto en las antinomias en concreto no responde a una inconsistencia del sistema jurídico, sino que dependen de las circunstancias empíricas que concurren en una determinada situación” (Cabra Apalategui, 2016, p. 8).

Este tipo de antinomias respecto al ámbito de aplicación de las normas en conflicto, no se observan prima facie, solo con la lectura del contenido normativo; al respecto, Alf Ross distingue tres tipos o categorías de antinomias, todas ellas tienen en común el punto de que distintas normas establecen soluciones incompatibles para un solo caso (Ross, 1963); de tal forma que, “dadas las condiciones de aplicación relevantes, se hace imposible su seguimiento conjunto (precisamente esto es lo que

nos permite decir que nos hallamos ante una antinomia)” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1312). Por lo que, la diferencia entre las distintas categorías depende de los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto; es decir, uno de los requisitos para que se produzca una antinomia, es que las dos normas incompatibles “coincidan desde un punto de vista temporal, espacial, personal y material. Ello no quiere decir, que esa coincidencia deba ser siempre total entre las dos normas incompatibles” (Ezquiaga Ganuzas, 2010, p. 19). Sino que, cuando no se da totalmente no pueda hablarse de antinomia; ya que, existen incompatibilidades normativas que, en función de su extensión, pueden ser denominadas *total-total*, *total-parcial* y *parcial-parcial*.

a. En las antinomias de tipo total-total

En este tipo de antinomias, según Martínez Zorrilla (2015), es que los ámbitos de aplicación de las normas en conflicto (a las que podemos referirnos, por simplicidad, como N1 y N2) son totalmente coincidentes. Esto quiere decir, que cada vez que resulte aplicable N1, también lo será N2 y viceversa, de tal forma, que dadas las condiciones de aplicación de cualquiera de ellas (pues son las mismas), siempre se producirá el conflicto entre ambas.

El Autor ejemplifica este tipo de antinomias de la siguiente manera: supongamos que N1 establece “prohibido fumar en las dependencias de la facultad”, mientras que N2 dispone

“permitido fumar en las dependencias de la facultad”. Siempre que se den las condiciones de aplicación de N1 (esto es que nos hallemos en las dependencias de la facultad), también será de aplicación N2, y como N1 y N2 establecen soluciones incompatibles, puesto que según la primera no es deónticamente posible fumar y según la segunda si lo es, siempre se producirá un conflicto; esto quiere decir, si hacemos uso el permiso, vulneramos la prohibición, y si respetamos la prohibición, no es posible en ningún caso ejercitar el permiso. (Martínez Zorrilla, 2015) Por lo tanto, en este tipo de antinomias se detectará el conflicto con la sola aplicación de una de las normas en conflicto.

b. En las antinomias de tipo *total-parcial*

En este tipo de antinomias “los ámbitos de aplicación ya no son exactamente coincidentes, sino que el de una de las normas en conflicto se incluye dentro del de la otra” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1313). Esto quiere decir, que una de las dos normas tiene un ámbito de aplicación más específico que el de la otra, que es más amplio e incluye el de la primera. Retomando el ejemplo anterior de Martínez Zorrilla, respecto a que contamos con la norma N1 “prohibido fumar en las dependencias de la facultad”, mientras que hay otra norma N3 que establece: “permitido fumar en los pasillos de la facultad”. Como podemos

observar, el ámbito de aplicación de N3 es más específico que el de N1 y queda incluido en el de esta última, puesto que los pasillos forman parte de las dependencias de la facultad. Ello quiere decir, que, por razones lógicas, cada vez que resulte aplicable N3 se producirá un conflicto con N1, ésta colisionará con N3 (por ejemplo, cuando el agente se encuentra en las aulas y no en los pasillos). La representación gráfica de este tipo sería en forma de círculos concéntricos, en el que el círculo de la norma más concreta queda incluido en el de la más general. (2015)

De esto podemos colegir, que en los supuestos de colisión o antinomia total-parcial nos encontramos frente a una relación de inclusión o de especialidad entre las dos normas en conflicto, por ello, debemos tener muy en cuenta de cara a la aplicación del llamado “criterio de especialidad”. Empero, “no cualquier relación de especialidad entre dos normas tiene por qué dar lugar a una antinomia o contradicción normativa” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1313).

Parafraseando a Zorzetto (2010), se debe indicar que la relación de especialidad, si bien esta supone una relación lógica de implicación estricta entre los elementos en juego (en la medida en que el ámbito de la norma general incluye o incorpora el de la especial), pero esta relación puede operar en distintos ámbitos tales como: a) En la calificación deóntica, esto significa por ejemplo, si la norma que califica

un cierto comportamiento P como “permitido” y la que califica ese mismo comportamiento como “obligatorio”, esta última es especial en relación con la primera, dado que, la obligación de hacer P implica lógicamente la permisión de hacer P y se incluye en su ámbito deóntico, aunque no agota todas las posibilidades de la permisión de P, puesta que esta es compatible con la permisión de no hacer P, cosa que no ocurre en el caso de la obligación; b) En los efectos jurídicos, por ejemplo si una norma general establece la prohibición de entrada de vehículos en el parque, en tanto, la norma especial establece la prohibición de la entrada de bicicletas en dicho parque; y, c) En las condiciones de aplicación o supuesto de hecho, por ejemplo, si una norma general establece el deber de pagar impuestos sobre los ingresos para toda persona que haya obtenido unas rentas superiores de 10,000.00 dólares anuales, en tanto, la norma especial hace lo propio para el caso en que dichos ingresos procedan de los rendimientos del capital mobiliario. De esto podemos decir, que la relación de especialidad entre normas por sí sola no conlleva necesariamente la aparición de conflictos o antinomias, pues en caso de resultar compatibles, lo que se produce es una redundancia, es decir, diversas normas dan una respuesta idéntica a un mismo caso determinado.

c. En las antinomias de tipo *parcial-parcial*

En este tipo de antinomias, “al margen del supuesto o supuestos de colisión, cada una de las normas en conflicto posee un ámbito de aplicación propio en donde no se produce contradicción alguna” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1314). Para ello, se explica con el siguiente ejemplo del propio Autor; supongamos que, en sede de navegación aérea, tenemos por un lado la N4, que establece “prohibido fumar en los trayectos de duración inferior a cuatro horas”. Por otra parte, contamos con N5, que dispone “se permite fumar en los vuelos internacionales”. Se producirá una colisión en aquellos casos en que un vuelo internacional tenga una duración inferior a cuatro horas, por cuanto, N4 prohíbe fumar, mientras que según N5 permite, no obstante, es posible tanto la aplicación de N4 sin colisionar con N5 (cuando el trayecto inferior a cuatro horas sea nacional), como la aplicación de N5 sin colisionar con N4 (cuando el vuelo internacional dure más de cuatro horas). Por lo tanto, si representamos gráficamente como un círculo el ámbito de aplicación de cada norma, los círculos serán secantes, con una parte en la que se produce una superposición, pero también con sendos de aplicación independientes. (Martínez Zorrilla, 2015)

2.6.5. Criterios de resolución de las antinomias

Con relación a los criterios o mecanismos de resolución de conflictos, los juristas pueden hacer uso ante una situación de antinomias para poder resolver la controversia, de los tres criterios clásicos, como son: el criterio jerárquico, el cronológico y el de especialidad. Al margen de estos criterios, podríamos añadir otros como el criterio de competencia o el de prevalencia; además, podríamos hallar otros más específicos, como el criterio de la preferencia de la ley material sobre la procesal. Por lo que, algunos criterios se centran en cuestiones relacionadas con la validez, mientras que otros se centran en cuestiones relacionadas con la aplicabilidad de las normas.

A. Criterios de resolución de antinomias respecto a la validez (abstractas)

a. Criterio de competencia

Este criterio de resolución de conflicto de normas se da “cuando una norma dictada por el órgano competente para regular dicha materia entra en colisión con otra norma regulada por un órgano que carece de competencia, por lo que tiene que prevalecer la norma legislada proveniente del órgano competente” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1317).

De esto podemos deducir, que para la validez de la norma tiene que ser regulada por un órgano competente, y que las normas reguladas provenientes de un órgano incompetente

carecen de validez “puesto que la competencia es un elemento fundamental e imprescindible para poder dictar normas válidas. De este modo el conflicto solo es aparente, y el único elemento a tener en cuenta es, naturalmente, la norma válida” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1317).

b. Criterio de jerarquía

Este criterio de resolución de conflictos es muy conocido como la *lex superior derogat inferiori*; prima facie, se observa cual norma debe ser aplicada en caso de conflicto de normas, es decir, se aplicará el de mayor jerarquía; (puede ser Constitución y Ley o Ley o Reglamento, prevalecerá la que deriva de disposición de mayor rango). A diferencia del anterior criterio, el de competencia en el cual una de sus disposiciones ha sido inválida desde su origen; es decir, que la norma de menor rango, “carecería de validez, y el conflicto solo sería aparente. A pesar de ello existe una diferencia remarcable respecto del anterior criterio, mientras que una norma dictada por un órgano incompetente siempre ha sido inválida desde su origen” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1317).

En este caso, cuando hablamos de una norma de menor rango, esta norma, será inválida desde su origen, solo en el caso que esta se haya dictado con posterioridad a la norma de mayor rango con la cual es incompatible, “pero en el caso de que la norma superior e incompatible se haya dictado con posterioridad a la inferior, se tratará de una derogación

(expulsión del sistema jurídico), con lo que la norma habrá sido válida hasta ese momento” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1317).

c. Criterio cronológico

Este criterio es conocido como *lex posterior derogat priori*, de plano podemos afirmar que una disposición que entra en conflicto con otra disposición que ha sido promulgada en distintos momentos temporales, ha de preferirse a la más reciente; pareciera tratarse de un criterio muy sencillo para su aplicación; sin embargo, Martínez Zorrilla (2015) refiere, que puede resultar un poco problemático, para ello se toma como punto de partida la expresión *derogat*, y dice que puede ser a una derogación en sentido estricto o técnico como expulsión del sistema, lo que conlleva a la pérdida de la validez de la norma derogada; por lo que, el autor hace un diferencia de una derogación tácita y una derogación expresa.

La primera, refiere a la especificación individualizada de todas aquellas disposiciones que se derogan; y la segunda se da por incompatibilidad con el contenido de las nuevas disposiciones que son promulgadas. Además, agrega el autor que lo ideal sería para la práctica judicial que debe considerarse la derogación unitaria, es decir, incluyendo la derogación tácita como la expresa, como una forma de mecanismo de expulsión de normas del sistema, y de esta

manera se pueda vincular con la validez.

Por ello, ante una resolución del conflicto normativo referente al criterio cronológico, no es tan sencillo para su aplicación como se ve a simple vista, dejando la aplicabilidad a criterio del juez, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y razonabilidad.

B. Criterios de resolución de antinomias respecto a la aplicabilidad (en concreto)

a. Criterio jerárquico

Considerando lo anterior criterio de jerarquía respecto a la validez, en este caso respecto a este criterio para su aplicabilidad, este criterio sería total-parcial; sería total-parcial porque, la primera norma no podría aplicarse en ningún caso sin entrar en colisión con la segunda; empero, “la segunda norma en colisión, si puede ser aplicada sin entrar en colisión con la primera, porque esta tiene su ámbito de aplicación distinta a la primera; es decir, en los que la norma inferior sea más general” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1319).

Teniendo en cuenta lo dicho por Martínez Zorrilla (2015), este criterio también puede ser de antinomias parcial-parcial; porque las dos normas en colisión tienen validez, ya sea en parte igual o diversa; así, la antinomia en conflicto solo existe en que tenga en común, vale decir, cuando existe

problemática de ambas normas en relación a su campo de aplicación para el caso concreto, y no así, en la parte del que sean distintas, pues no existe conflicto. Por ello, podría sostenerse que existe una antinomia autentica, cuando este criterio establece una regla, es decir la norma regla que resulte adaptable, será aplicable aquella que derive de la disposición de la norma de mayor rango.

b. Criterio cronológico

A raíz de lo dicho anterior, respecto a la validez de la norma, en este caso respecto a su aplicabilidad, podemos considerar que el criterio cronológico, las antinomias son de tipo total- parcial; como se explicó en el criterio jerárquico, son de tipo total- parcial, cuando la primera norma jurídica en colisión no puede aplicarse en ningún caso sin entrar en colisión con la segunda, pero la segunda norma en colisión, tiene su ámbito de aplicación que no entra en colisión con la primera; vale decir, que una norma posterior es más específica que la anterior. (Martínez Zorrilla, 2015)

Sin embargo, también se puede considerar todos los supuestos de norma *parcia-parcial*, por cuanto, no se produce una derogación de la norma anterior, con lo que esta norma sigue siendo válida. Vale decir, a diferencia de lo expuesto anterior respecto a su validez del criterio cronológico, en estos casos el conflicto es real, dado que se da una colisión entre dos elementos que forman parte del

sistema jurídico, por ello, se preferiría para su aplicación de este criterio las disposiciones promulgadas más recientes en el tiempo. (Martínez Zorrilla, 2015)

c. Criterio de especialidad

Este criterio suele expresarse con la derivación latina *lex specialis derogat generali*, prima facie se evidencia que en caso de conflicto de normas entre una norma general y una norma de especialidad se deberá aplicar la norma de especialidad; por cuanto, este criterio será aplicable solo cuando la antinomia sea total-parcial, no obstante, en este tipo de situaciones a pesar que las disposiciones hayan sido promulgadas en distintos períodos no cabe hablar de derogación, podría darse la acepción cuando la norma posterior sea la general, ello implica, que las dos normas son válidas y el conflicto sería autentico; también se podría hablar que este criterio es de una antinomia de tipo total-parcial, porque, la primera norma jurídica no puede aplicarse sin entrar en colisión con la segunda norma, pero la segunda norma tiene un ámbito de aplicación que no entra en conflicto con la primera. (Martínez Zorrilla, 2015)

Para poder entender mejor este criterio, tomaré el ejemplo de Carlos Alchourróm, en la cual refiere “que tenemos un sistema en que una de las normas obliga a los conductores a detenerse frente a un semáforo rojo, mientras que la otra prohíbe a detenerse en una zona militar” (1981, p. 133). De

ello, fácilmente se detecta el conflicto de la norma regla, cuando el conductor se detiene en el semáforo rojo en zona militar; ello implica, que detenerse en zona militar es la norma de especialidad a aplicarse en el conflicto, lo cual desde el punto de vista lógico estructural se estaría hablando de una antinomia parcial- parcial; ello implica, que la norma de especialidad en este caso es la que restringe a no detenerse en zona militar, y la norma general es donde todos los vehículos se detienen en el semáforo rojo; lo cual se estaría hablando de una antinomia de tipo parcial-parcial; vale decir, que las dos normas incompatibles tienen validez tanto la general como la de especialidad; ya sea en parte igual o en parte diversa; dado, que la antinomia solo existe en lo que tengan en común al momento de su aplicación, vale decir en la problemática respecto a su aplicación, y no entrando en conflicto por lo que sean distintas, ya que ahí no existe conflicto.

Teniendo en cuenta lo dicho por Martínez Zorrilla (2015), cabría la posibilidad, que por la zona militar restringida se tienen que desplazar los vehículos por necesidad, es decir, porque el territorio no tiene otra salida o no habiendo otra salida de escape, ahí estaríamos hablando de una norma de especialidad impropia, ya que, se estaría hablando del criterio cronológico y de especialidad, lo cual darían resultados incompatibles, es decir, norma general más

especial, que son normas jurídicas con distintos aspectos del ordenamiento jurídico, dado, que se daría preferencia a la norma especial.

d. Criterio de prevalencia

Este criterio es cuando las normas promulgadas son dadas por distintos órganos, pero estos órganos son competentes para dictar normas en dichas materias; vale decir, “cuando nos encontramos ante lo que se conoce como competencias concurrentes” (Martínez Zorrilla, 2015, p. 1321). Ello implica, que tanto las normas de un órgano como las normas del otro son válidas, a lo que este criterio establece una regla de preferencia, en la que resulte aplicable la norma proveniente de unos de los dos órganos competentes.

Este criterio también está asemejado al criterio de preferencia o de prevalencia en caso de vulneración de derechos, en la cual, si la primera norma dada por un órgano competente es válida y la segunda también es válida, entrando en colisión al momento de su aplicación, dado, que prevalecerá la norma que no vulnere derechos fundamentales de la persona humana.

2.7. TEORÍA DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

2.7.1. Concepción

La palabra seguridad procede de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de *secura*) que significa estar seguros de algo y libre de cuidados; en tanto, seguridad jurídica según la RAE, viene hacer un “principio general del derecho que impone que toda persona tenga conocimiento cierto y anticipado sobre las consecuencias jurídicas de sus actos y omisiones”; mientras que, para López Oliva, “la seguridad jurídica es un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público” (2011, p. 123).

Resumiendo lo dicho por Zavala Egas (2012), la seguridad jurídica se torna como presupuesto del mismo, pero no por su apego a la legalidad, sino por su vinculación a los derechos que fundamentan o sustentan el entero orden constitucional e informando al mismo en su integridad (principio) convirtiéndose así, en función del Derecho porque éste tiene como deber prioritario, preeminente e inexcusable dar y poner en efectiva vigencia la seguridad jurídica de los derechos públicos subjetivos de rango constitucional.

2.7.2. Antecedentes

A. La Constitución francesa de 1791 y el Código Civil Francés de 1804 y la consagración del principio de seguridad jurídica

La seguridad jurídica es un principio del Derecho que controla las arbitrariedades, dado que imparte justicia a los ciudadanos por medio de los poderes públicos; este principio, antes de la “Revolución Francesa de 1789 no se aplicaba, por cuanto se presentaban irregularidades al impartir justicia a los ciudadanos, marcadas en una excesiva parsimonia en los procesos por parte de los jueces quienes eran designados de acuerdo a las conveniencias del reino” (López Oliva, 2011, p. 121). En ese sentido, los jueces “decidían las controversias basados en los intereses del rey y los miembros del reino, sumado al temor de aquellos porque al no seguir las instrucciones del rey, eran castigados con la muerte” (López Oliva, 2011, p. 121).

Pero fue justamente, la revolución francesa de 1789, cuando se vulneraban los intereses y los derechos de los ciudadanos, en respuesta a las mencionadas incoherencias, trajo consigo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789; siendo uno de los instrumentos más trascendentales, en la cual se concreta los derechos personales, derechos de la comunidad y los derechos universales; con ello, nace la Constitución de 1791 y el Código

Civil Francés de 1804, en el que se implementa por primera vez el principio de seguridad jurídica. (López Oliva, 2011)

En dicha revolución se estableció, uno de los objetos principales que es colocar a la persona humana como sujeto de derechos sin discriminación alguna, por cuanto debería primar la supremacía de sus derechos frente a las incoherencias por parte del rey y de los jueces.

La revolución francesa, fue el cambio de gobierno de los hombres (Monarca), por el gobierno de las leyes (positivismo jurídico), en la cual establecía en su artículo 5 que: “Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena” (Fioravanti, 2000, p. 58). De este texto legal, se puede identificar que por primera vez sale a la luz y se consagra el principio de seguridad jurídica; en efecto, la Revolución Francesa tuvo como finalidad principal “la supremacía de los derechos individuales y la primacía de la soberanía de la nación y de sus legisladores, como una fuente para combatir el pasado” (López Oliva, 2011, p. 125). Un pasado gobernado por el rey, y específicamente por el “antiguo régimen en la cual la estructura en sentido estamental de la sociedad, de los derechos y de los poderes impedía, al mismo tiempo y en la misma medida, la afirmación de los derechos individuales y de un poder público claramente unitario” (Fioravanti, 2000, p. 58).

Por ello, fue la revolución francesa de 1789 que consagra por primera vez los derechos del hombre, en contraposición al antiguo régimen; donde, se consagran dos valores político-constitucionales como son: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación (Fioravanti, 2000). Asimismo, la declaración establecía que ninguna corporación o individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de la ley, cuya supremacía “fue garantía de la igualdad, uno de los postulados básicos de la revolución” (Brewer-Carias, 2004, p. 188).

Consecuentemente, una vez dada la Revolución Francesa y por consiguiente la Declaración de Derechos en torno al principio de Seguridad Jurídica, el 3 de septiembre de 1791, el Estado francés queda configurado como una monarquía constitucional; en la cual, las antiguas divisiones administrativas eran sustituidas por los departamentos, cuyas autoridades eran elegidas localmente; es decir, cada órgano se repartió sus roles de control ante la arbitrariedad de la monarquía; así, la elaboración de las leyes recaía en una Asamblea Legislativa; en tanto, el poder ejecutivo quedaba en manos de la monarquía; mientras que al poder judicial, se otorgaba a unos tribunales independientes. Asimismo, “el sistema fiscal también fue modificado; además, se eliminaron los impuestos indirectos y se implantaron impuestos directos, cuya cantidad dependía de la riqueza que se poseyera (ya fueran tierras, propiedades

urbanas o negocios industriales o comerciales)” (Torremocha Jiménez, 1791, p. 10).

La Constitución de 1791 y el Código Civil Francés de 1804, fortalecen la implementación del principio de seguridad jurídica a favor de los ciudadanos franceses en ese entonces; estos dos instrumentos, serían el inicio de la no vulneración de derechos no solo de los franceses sino de toda persona humana, por cuanto, prevalecía la ley dada a través de la asamblea legislativa. La “Constitución, que se instituye como del pueblo soberano en la cual se estableció que no había en Francia autoridad superior a la de la ley, algo pensado para el rey, pero también para los jueces” (Portalís, 1997, p. 9). Ello implica, que la Constitución francesa de 1791 fue la primera carta constitucional europea, en que se divide los poderes del Estado, “el rey que conservaba el poder ejecutivo, legislativo lo asumía la Asamblea, mientras que el poder judicial, los tribunales” (Brewer-Carias, 2004, p. 172). Todo ello, con la única finalidad de no lesionar el principio de seguridad jurídica a través del rey y de los jueces que recibían órdenes del rey en ese entonces.

El Código Civil francés de 1804, o también llamado Código de Napoleón, consagró el principio de seguridad jurídica, por cuanto, legalizó los lineamientos legales en favor de la implementación del principio de seguridad jurídica, poniendo límites al rey que hasta ese entonces tenía la potestad de administrar justicia, dictar, gobernar y además “de administrar

la hacienda, de declarar la guerra y de establecer la paz. Pues, nadie en la tierra le otorgaba todos los poderes al monarca; los tenía simple y llanamente por la gracia de Dios” (Brewer-Carias, 2004, p. 126).

En efecto, la Constitución francesa de 1791 y el Código Civil Francés de 1804 consagraron el principio de seguridad jurídica y limitó el “poder del Monarca, caracterizado por su arbitrariedad, mediante la disposición de normas que salvaguardan lo más sagrado como la libertad de las personas” (López Oliva, 2011, p. 128). Por cuanto, con la expedición del Código Napoleón, se distingue notoriamente la aplicación del principio de Seguridad Jurídica y junto a ello se fortalece “los principios de legalidad, de igualdad ante la ley, proporcionalidad, jurisdiccionalidad, lesividad, materialidad, carga de la prueba, necesidad de la pena e irretroactividad de la ley penal y los derechos como el de defensa, a un juicio sin dilaciones injustificadas” (López Oliva, 2011, p. 130). Con el objetivo, de no convertir el proceso en un imperio liderado por el juez. En efecto, se puede evidenciar una muestra clara de manifestación de la seguridad jurídica al darse la ley escrita y al hacerse pública para el conocimiento de todo el pueblo y de la sociedad en general.

2.7.3. Elementos o presupuestos de la seguridad jurídica

Teniendo en cuenta lo dicho por Bolás Alfonso (1993), los elementos de la seguridad jurídica, se clasifican en presupuestos

objetivos y subjetivos; los presupuestos objetivos, mencionan de manera general a la ley aplicable, y que estos deben reunir los siguientes requisitos: Primero, que exista una ley aplicable; Segundo, que la ley se publique de forma que sea conocida por todos; Tercero, que la ley sea clara; Cuarto, que la ley esté vigente y no sea alterada por normas de inferior rango y se aplique a los hechos pasados con posterioridad a dicha vigencia; y Quinto, que la aplicación de la ley esté garantizada por una administración de justicia eficaz.

En cuanto, al presupuesto subjetivo, refiere que viene hacer la certeza del Derecho, del que se desprenden, la certeza en la aplicación de la ley; “y la conciencia ciudadana del predominio de la ley y la confianza en el respeto generalizado de la ley por la efectividad y agilidad de los tribunales en su función de juzgar y hacer cumplir lo juzgado” (Bolás Alfonso, 1993, p. 42).

Ante esto es necesario mencionar, que la ley debe ser clara para la interpretación del jurista y de la sociedad en general; además, es necesario añadir lo dicho por Torsten Stein citado por Arrázola que “la ley no solamente debe ser clara, sino que también debe gozar de una permanencia en el tiempo, lo que denomina “protección de la confianza”, pues supone que el ciudadano pueda confiar en la subsistencia de las leyes” (2014, p. 11). Además, “considera que dichas leyes deben regir a futuro y no afectar situaciones consolidadas en el pasado, pues una circunstancia tal afectaría de manera severa la confianza al efectuar una nueva evaluación de

hechos situados en el pasado” (Arrázola Jaramillo, 2014, p. 11).

Por ello, si bien es cierto estos elementos o presupuesto de la seguridad jurídica son los principales; sin embargo, podemos considerar con la finalidad que no se vulnere la seguridad jurídica, es necesario que haya un cumplimiento de la norma legal, pero teniendo en cuenta los principios constitucionales, que vincula necesariamente con los valores intrínsecos en las normas, lo cual explica a la seguridad jurídica como un valor; valor fundamental que debe estar inserto en las normas, como es la justicia; por cuanto, si la ley no materializa el valor justicia, el legislador se convierte en un factor de quiebra de la seguridad jurídica; En tal sentido, podemos decir que “la seguridad jurídica depende no solamente del cumplimiento formal de la norma, sino también de su coherencia con los valores y principios que la inspiran” (Hernández Terán, 2004, p. 95).

2.7.4. Importancia de la seguridad jurídica

La importancia de la seguridad jurídica radica en el correcto funcionamiento de un Estado, es decir, en la razón fundamental para justificar la obediencia al derecho; además, es importante porque se considera un principio que resulta esencial para la existencia misma del Estado de derecho, porque controla todos los demás principios del ordenamiento jurídico y les garantiza su existencia.

Marinoni (2012), citado por Arrázola refiere que la seguridad jurídica es importante porque se considera un “subprincipio

concretizador del principio fundamental y estructurador del Estado de Derecho” (2014, p. 13). Pues, un Estado de derecho “establece principios que limitan el poder del Gobierno al fijar reglas y procedimientos que prohíben la acumulación de poder autocrático u oligárquico” (Arrázola Jaramillo, 2014, p. 13). Dado, que protege los derechos de todos los miembros de la sociedad en general, por cuanto, provee un medio para resolver disputas de manera no violenta a través de principios jurídicos que establece una paz y una estabilidad duraderas para los justiciables.

Por ello, sin seguridad jurídica no resultaría posible hablar de un Estado de Derecho, dado que esta no solamente resulta un principio fundamentador del Estado de derecho y un cimiento necesario para todos los demás principios que lo componen, sino que además constituye uno de los argumentos esenciales que pueden presentarse para justificar la obediencia al derecho; además, la seguridad jurídica hace posible que los derechos fundamentales se materialicen, como el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad y otros derechos fundamentales todos ellos positivizados en los ordenamientos constitucionales.

2.7.5. La seguridad jurídica como valor o como principio

La seguridad jurídica tiene como punto de partida al llamado principio de legalidad en sentido formal y material, esto es, el sometimiento del poder a una Constitución que contiene determinados valores y a las leyes que deben ser conforme a la Constitución. Así, el llamado principio de legalidad está

estrechamente vinculado al principio del Estado social y democrático de Derecho; ello implica, que el Estado de Derecho significa el sometimiento del conjunto del poder del Estado al ordenamiento jurídico y en especial a la Constitución. “También significa soberanía plena (democracia), división de poderes y, finalmente, la vinculación a, y la garantía de los derechos fundamentales” (Lösing, 2002, p. 284).

La diferencia entre si la seguridad jurídica es un valor o un principio es complejo de determinar; García Novoa refiere que, si “la seguridad jurídica se considera un valor, esta no tendría carácter normativo sino simplemente una función inspiradora de los principios y de las demás normas del ordenamiento; mientras que de considerarse un principio tendría desarrollo normativo en distintos niveles del ordenamiento” (2000, p. 34). En tanto, para García Manrique refiere que, del valor moral de la seguridad jurídica, se desprende la justicia material, la autonomía individual, la justicia formal y la automoralidad de la seguridad jurídica; con respecto al primero refiere que “La justicia material tiene valor moral; esto implica que la seguridad jurídica, permite o favorece de algún modo la realización de la justicia material; luego la seguridad jurídica tiene valor moral” (2012, p. 242). Además, este argumento encuentra fundamentado en otros presupuestos, sin los cuales no podría sobrevivir, como por ejemplo que la seguridad jurídica forma parte de la justicia material, que la seguridad jurídica tiene valor moral cuando el derecho es materialmente justo, que tiene valor

moral porque garantiza el orden social, y que la seguridad jurídica predispone o facilita la justicia material (p. 273).

Con respecto a la autonomía individual, el autor en comento refiere que considera que existe un vínculo entre la seguridad jurídica y la autonomía individual, y entiende la autonomía como “la capacidad de un individuo para orientar significativamente su vida de acuerdo con sus propias decisiones” (p. 274). Además, agrega que la autonomía “está casi unánimemente considerada como un ideal moral del más alto rango” (p. 276). Esta autonomía, es considerada con el nombre de “libre desarrollo de la personalidad”, y es considerado uno de los derechos constitucionales fundamentales. “Si bien hay autores que acogen el argumento de que la seguridad jurídica es condición suficiente de la autonomía, cuestión por demás discutible, otros la estiman una condición necesaria más no suficiente de esta” (p. 276). La justicia formal, explica el autor que es la aplicación consistente y regular de las normas jurídicas vigentes; “la justicia formal tiene valor moral en algún sentido; pero la generación de seguridad jurídica exige el respeto de la justicia formal; luego la generación de seguridad jurídica tiene valor moral en algún sentido” (p. 289). Entonces, la justicia formal es un elemento que resulta necesario para que pueda predicarse la existencia de la seguridad jurídica. Y por último dice el autor que hay un vínculo entre la seguridad jurídica y la automoralidad; dado que la seguridad jurídica “tiene un valor absoluto, autónomo o intrínseco, en el sentido de no derivado de ningún otro valor moral”

(p. 322).

Finalmente, la seguridad jurídica es un principio como lo indica Jürgen Basedow (1988), porque “pertenece a los principios generales del derecho no escritos elaborados por la Corte Europea desde el comienzo para la interpretación y complementación del derecho comunitario escrito” (p. 298). Además, refiere que la Corte “ha introducido el tópico de la seguridad jurídica como principio general en su jurisprudencia, y lo ha transformado en una norma jurídica con carácter de cláusula general” (p. 306). En tanto, Arrázola Jaramillo citando a Stein considera que la seguridad jurídica es un “principio constitucional no escrito, que es derivado del principio de Estado de Derecho” (2014, p. 17). Vínculo estrecho que comparte García Novoa aunque cree que su “positivización resulta menos imprescindible, pues el mismo se deduce de la propia esencia de un Estado de Derecho donde prevalezcan los valores frente al legalismo” (2000, p. 37).

Además, es necesario agregar que la seguridad jurídica es un valor y a la vez un principio, es un valor, porque establece la certeza en las relaciones sociales y verifica uno de los fines esenciales del derecho, que es el aseguramiento de las relaciones humanas en la convivencia, así, el Estado de Derecho ha de entenderse como un Estado de valores, dado que la seguridad es un valor, precisamente porque es un principio básico del ordenamiento jurídico; y es un principio, porque todos los poderes del Estado deben estar acorde con las normas constitucionales en las cuáles se materializan las

pretensiones planteadas por los justiciables, vale decir, es un principio porque tiene materialización normativa y desarrollo en diversas disposiciones a diferente nivel en el ordenamiento jurídico

2.7.6. La Constitución peruana de 1993 y el principio de seguridad jurídica

Después de la revolución francesa, en la cual se crea uno de los instrumentos más importantes, como es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y con la expedición de la Constitución de 1791 y el Código francés de 1804, se da un trance respecto a la seguridad jurídica, con la única finalidad de proteger la libertad de las personas. Con ello, cambia la forma de gobierno, por cuanto, se deja de lado el gobierno de los hombres (gobierno del rey), para dar paso al Estado gobernado por las leyes; y toma como punto de partida la seguridad jurídica de la cual se desprende el principio de legalidad para ser aplicada en todo el ordenamiento jurídico.

Posteriormente después de la segunda guerra mundial, en 1948 se crea la Declaración Universal de Derechos Humanos, uno de los instrumentos internacionales más importantes de la actualidad. Este instrumento tiene como finalidad única, la protección intrínseca de la dignidad humana; con ello, se da el cambio de paradigma del estado legislativo al Estado constitucional de Derecho y por qué no decirlo al Estado judicial de derecho, con el objetivo principal, de proteger la dignidad humana, entendida esta según Kant que: “solamente el hombre, y con él toda criatura

racional, es fin en sí mismo” (2003, p. 68).

Este cambio de paradigma se da con la finalidad de proteger la seguridad jurídica, ante la arbitrariedad por parte de los operadores de justicia; dado, que la seguridad jurídica tiene como principio fundamental la idea de predictibilidad, es decir, que cada uno conozca de antemano las consecuencias jurídicas en sus relaciones con el Estado y los particulares. Así “la seguridad jurídica supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano sobre cuál debe ser la actuación del poder en aplicación del derecho” (Rivera Cervantes, 2018, p. 02).

La seguridad jurídica en la Constitución Política del Perú no está textualmente prescrita como si lo está en el derecho comparado. Pero se debe tener en cuenta el artículo 139, en la cual está inmerso un catálogo de principios y derechos positivizados de la función jurisdiccional aunque no es suficiente; sin embargo, tomando como punto de partida los deberes del Estado y la protección de los derechos fundamentales, podemos tomar los artículos 44 y 45 de la Norma Fundamental, en la cual establece que: “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”. En tanto, el artículo 45 prescribe que: “El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y

responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...)”.

De esto podemos deducir, que el Estado al establecer que tiene deberes primordiales, quiere decir que éste como encargado del *Ius Puniendi* del Estado, asegura a todos los ciudadanos, sean estas personas naturales o jurídicas dentro de un proceso judicial, sus derechos fundamentales serán protegidos, respetados y serán resueltos acorde con la Constitución sin ninguna arbitrariedad; estos textos constitucionales, reflejan a la seguridad jurídica implícitamente como presupuesto y como función del Estado constitucional de derecho. El artículo 45, refiere a que el poder emana del pueblo, y estos tienen limitaciones y responsabilidades; esto quiere decir, que los operadores de justicia ya sean civiles, penales, laborales, policiales entre otros, deben solucionar la controversia teniendo como punto de partida la norma fundamental, luego las leyes.

En ese orden de ideas, los artículos 44 y 45 de la Norma Fundamental, consagran de manera implícita la seguridad jurídica como presupuesto y función en un Estado constitucional de derecho, en la cual estos enunciados constitucionales son normas de primer orden que informan a todo el ordenamiento jurídico a respetar la Norma Constitucional.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

El presente trabajo de investigación se ha desarrollado teniendo en cuenta el Diseño no experimental; de acuerdo al fin que se ha perseguido, ha sido de tipo básica o pura; según el nivel alcanzado, es una investigación explicativa y propositiva, por cuanto, se ha establecido los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de la reparación civil en el proceso penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 en delitos de corrupción (hoy derogada por el Decreto Legislativo N.º 1326, que mantiene intacta la reparación civil 50% para el Ministerio de Justicia en el numeral 47.2 del artículo 47).

Para la contrastación de la hipótesis planteada, se recurrió a la técnica de recopilación documental, análisis de contenido, así como a la argumentación jurídica; y, que permitieron establecer los fundamentos jurídicos que determinaron la desnaturalización de la reparación civil; teniendo como base de estudio el Estado constitucional de Derecho enmarcado en el Postpositivismo jurídico; desarrollando teorías respecto a la reparación civil, dentro de esta el principio de íntegra reparación del agraviado y determinación del monto de la reparación civil; teoría de la legitimidad, dentro de ellos legitimidad en términos jurídicos y legitimidad en el Estado democrático constitucional; teoría de los principios jurídicos; teoría interpretativa del derecho y teoría de la seguridad jurídica; todos ellos, bajo el enfoque del constitucionalismo contemporáneo, y de esta manera podemos afirmar que nuestra hipótesis planteada, tienen una lógica coherente entre lo que se planificó metodológicamente y los resultados

obtenidos.

La presente investigación se diseñó, teniendo en cuenta la siguiente interrogante: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que determinan la desnaturalización de la finalidad de la reparación civil en el proceso penal a partir de la aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 en delitos de corrupción? Después de la derogatoria sería por aplicación del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, para lo cual se plantea la siguiente hipótesis, con las cuales se intentaba dar una posible respuesta a la formulación del problema: A: La vulneración del Principio de la íntegra reparación del agraviado en el ámbito penal en función a las normas que rigen la reparación civil, B: La transgresión de la naturaleza de la reparación civil al tener como destinatario de la misma al Ministerio de Justicia, C: La vulneración del principio de proporcionalidad y razonabilidad, D: La existencia del conflicto de normas entre el artículo 98 del Código Procesal Penal y la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 (actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326); y, E: La vulneración de la seguridad jurídica.

Para el desarrollo de la investigación se ha tenido como guía los objetivos específicos planteados en la investigación; por cuanto, estos se han desarrollado teniendo en cuenta la norma sobre reparación civil en el proceso penal, mediante el análisis doctrinal y jurisprudencial, y de esta manera tener una posición adoptada respecto a la desnaturalización de la reparación civil en los delitos de corrupción, a partir de la vigencia de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy derogada por el Decreto Legislativo N.º 1326).

A. Vulneración del Principio de la íntegra reparación del agraviado en el ámbito penal en función a las normas que rigen la reparación civil

En un Estado Constitucional de Derecho, todo el ordenamiento jurídico debe estar sujeto a la Constitución, ello implica, que sus normas no son derogadas, abrogadas ni modificadas excepto por un proceso de Constitucionalización mediante el poder constituyente, cabe precisar que la Constitución será siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate, lo que se entiende ante todo y siempre por Constitución; Aguiló Regla agrega que la Constitución “es un principio en el que se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas en el momento que se toma en consideración, es la norma que regula la elaboración de las leyes, de las normas generales en ejecución de las cuales se ejerce la actividad de los órganos estatales” (1989, pág. 21).

Si en el Estado Constitucional de Derecho todo el ordenamiento jurídico debe estar sujeto a la Constitución; ello implica, que toda norma infraconstitucional que vulnere derechos fundamentales de los justiciables en un proceso penal, debe ser interpretada conforme a la Constitución; tales como sucede con el principio de la íntegra reparación del agraviado, en la cual este principio es vulnerado por la norma legal que ostenta titularidad a una entidad distinta de la perjudicada. La norma legal, que vulnera el principio de la íntegra reparación del agraviado es la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, 1068 (actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326); al solicitar la mitad de la reparación civil para el Ministerio de Justicia y la otra mitad

para la entidad agraviada.

Esta norma legislativa vulnera el principio de la íntegra reparación del agraviado, por ser una norma autoritativa dada por el Poder Legislativo basado en el Estado legal de Derecho, mediante el cual el que Juez es un mero espectador y aplica la norma bajo la lógica deductiva; en cambio, en el Estado Constitucional, el Juez tiene el poder-deber de resolver la controversia, teniendo en cuenta los principios y la Constitución. Así, el artículo 138 de la carta fundamental establece que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”; este texto constitucional, faculta al Juez que toda norma legal debe pasar por el control de constitucionalidad mediante el control difuso, dado que constituye un poder-deber del Juez de resolver la controversia en caso de conflicto de normas, teniendo en cuenta las disposiciones normativas constitucionales.

Una de las condiciones del Estado constitucional, es la interpretación conforme de las leyes. Esta condición desarrollada por Guastini (2001), tiene que ver con la técnica de interpretación no de la Constitución sino de la ley; ello implica, cuando un jurista del derecho resuelve la controversia, este debe descartar todas aquellas normas que vulneren derechos fundamentales de las partes procesales y específicamente de la parte agraviada o sean incompatibles con la Constitución; *per se*, un texto normativo no tiene un solo significado determinado antes de la interpretación, o mejor dicho ningún texto normativo es susceptible nunca de una sola interpretación. Por lo tanto, si usamos el vocablo norma para

referirnos no al texto mismo, sino a su significado, podemos decir que cada interpretación de un mismo texto normativo produce una norma diversa.

El Neoconstitucionalismo como teoría del derecho incluye el principio de omnipotencia judicial, ello implica que con este principio el Juez ya no es un mero observador, sino que se constituye en un activista judicial; por cuanto, la práctica que realiza el Juez, es controlar y limitar las acciones de los demás poderes del Estado a través de la aplicación de las normas constitucionales con la finalidad de proteger los derechos fundamentales de las partes procesales. Por ello, la labor de los Jueces en los Estados democráticos constitucionales es de vital importancia, porque las normas dictadas por las autoridades democráticas electas, “no siempre tienen una redacción clara o contienen todas las respuestas, así, en los casos difíciles la función de los Jueces debe ser encontrar la respuesta adecuada al supuesto planteado” (Puente Moral, 2016, p. 19). Entonces, con el Neoconstitucionalismo aparece el escenario propicio o adecuado para que el activismo judicial, pueda generarse y desarrollarse de modo que el Poder Judicial (tanto la jurisdicción constitucional como la ordinaria) cobre una especial importancia respecto a la interpretación de la norma.

Así, con esta corriente filosófica el Juez se convierte en un garante de los derechos fundamentales de los justiciables, dado que las normas autoritativas deben pasar por un filtro de constitucionalidad de las leyes antes de ser aplicadas, teniendo en cuenta, a un Juez imparcial como director del proceso de resolver la controversia, mediante la interpretación argumentativa del derecho. Tales como sucede en el presente trabajo que

una norma autoritativa vulnera el principio de la íntegra reparación del agraviado, con lo cual desnaturaliza la reparación civil por aplicación de la norma legal bajo la subsunción por algunos Juristas del derecho (legalistas o positivistas) que aplican la norma de manera literal sin hacer una interpretación extensiva de la norma. Ante ello, es preciso mencionar lo dicho por Marín Castán (2016), que la Constitucionalización y judicialización del ordenamiento jurídico son rasgos característicos del nuevo paradigma Neoconstitucional que van de la mano, ello implica, que la judicialización tiene que darse desde un marco constitucional, con ello, no es que no se esté respetando las normas dadas por el órgano competente (Poder Legislativo), solo que estas normas dadas muchas de ellas carecen de coherencia normativa; pues, en los casos difíciles no existe una única respuesta jurídica correcta, de modo que el Juez cuando ejerce la función que le es propia, debe tener un margen de discrecionalidad para escoger la interpretación que considere más apropiada. Discrecionalidad, entendida como la facultad del Juez para decidir libremente sobre aquellos aspectos que no están regulados por ley, teniendo en cuenta los principios, en la cual no debe confundirse con la arbitrariedad. Por lo que, las decisiones judiciales siempre deben ser motivadas. En estos casos el juez no está aplicando estrictamente el derecho (las reglas no le indican la solución del caso) sino que se ve obligado a crear una norma para el supuesto concreto. (Puente Moral, 2016)

En efecto, el Juez en la actualidad se convierte así en un activista judicial, es decir, “en un Juez creativo que se preocupa ante todo por dar una

solución justa a la cuestión planteada y propone una lectura amplia y renovada del texto constitucional” (Peyrano, 1997, p. 215). Además, si “logra resguardar equilibradamente, en sus distintas y no siempre armónicas facetas, la integridad de este valor institucional complejo de la imparcialidad será reconocible su actividad como jurisdiccional y su racionalidad práctica como característica del poder de juzgar” (Vega, 2018, p. 148).

Por ello, que el ordenamiento jurídico no solo está compuesto por normas reglas, sino también por principios; tales como, el principio de la íntegra reparación del agraviado, que viene a ser un principio rector, un principio elemental de la responsabilidad civil; este principio, conocido también en su expresión latina como *restitutio in integrum*, en la cual según Naveira Zarra (2004), lo que busca este principio es lograr lo que más se adecue para reparar el daño causado, esto quiere decir, la más perfecta equivalencia entre los daños sufridos y la reparación obtenida por el perjudicado, de tal forma que éste quede colocado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar.

De ello, se puede deducir que este principio elemental de la responsabilidad civil tiene por finalidad reparar el daño en su totalidad y dejar en su estado anterior lo más parecido posible antes de la acción ilícita. Redundando tenemos, que este principio tiene como función principal proteger a la víctima y devolver lo íntegro de lo dañado. Si ello es así, vemos como este principio base, elemental de la responsabilidad civil ha podido anclar en el proceso penal con la única finalidad de

salvaguardar los derechos de la víctima provenientes de una acción ilícita respecto a recibir o restituir el bien dañado en lo más parecido posible; por ello, que en el proceso penal este principio cumple la función de reparar a la víctima es su totalidad; es decir, que la víctima debe recibir lo íntegro por los daños que se le ocasionó dentro de su esfera patrimonial o extrapatrimonial.

Este principio tiene tres consecuencias; primero, que el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho; segundo, que la reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima que sea una consecuencia necesaria y directa del delito o cuasidelito; y tercero, que el monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño. (Rodríguez, 1983) Ello implica, que la reparación del daño comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante y además que el monto de la reparación debe ser equitativa, no puede ser por encima del daño o por debajo del daño causado. Por ello, el Juzgador al momento de resolver la controversia, tiene que determinar la extensión del daño, pero esa extensión tiene que estar corroborado por los elementos de convicción, como son los medios probatorios y que estos hayan sido admitidos durante el proceso sin vulneración a la Constitución ni a la leyes, así lo establece el numeral 1 del artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal penal de 2004 que: “Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo”; por lo tanto, “la prueba resulta aquí esencial y las dificultades a que enfrentan las víctimas al respecto por nuestro sistema probatorio conducen, en múltiples

oportunidades, a una reparación no satisfactoria frente a la entidad de los daños” (Domínguez Águila, 2010, p. 11).

Entonces, podemos decir que la reparación, es la reposición al estado anterior de las cosas ocasionado por un acto dañino, sea este contra una persona y su patrimonio o una Entidad. Gálvez Villegas, lo define como un medio dentro del Derecho Penal que busca que, a través de este, se resarza el perjuicio ocasionado a la víctima. Al respecto, según el artículo 93 del Código Penal, la reparación civil lo constituye la restitución del bien, y si no es posible el pago de su valor; y la indemnización de daños y perjuicios. Ello quiere decir, que la restitución del bien al ser parte del contenido de la reparación consiste en la restauración o reintegración material del bien al estado anterior a la violación del bien jurídico tutelado; y la indemnización, lo cual es una institución mucho más amplia que la restitución, comprende el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. Todos ellos, se tienen que valorar de acuerdo a los elementos de convicción, para no vulnerar el principio integral de la víctima.

Por lo tanto, si la reparación civil en el proceso penal lo constituye la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 93 del CP); entonces, bajo esta premisa normativa es que el agraviado obtenga una reparación económica íntegra por los daños que se le ocasionó el sujeto activo con su proceder ilícito; en ese sentido, si el agraviado sufrió un daño dentro de su esfera patrimonial o extrapatrimonial, este necesita ser resarcido en su totalidad, ya sea devolviendo el bien a su estado anterior y si no es

posible pagando el valor de la cosa dañada, y además la indemnización por los daños y perjuicios que sufrió la víctima del delito.

En síntesis, el principio de la íntegra reparación del agraviado respecto a esta categoría se vulnera por:

a. El Poder Legislativo, por cuanto el legislador lo que buscan es que las normas dadas deben ser cumplidas, dado, que se trata de reglas autoritativas; es decir, de una acción formal programática que deben ser cumplidas y aplicadas por el Poder Judicial a través de los Jueces mediante la lógica deductiva, basados por lo general en una sanción, dejando de lado la importancia en este caso de la reparación civil (artículo 93 del CP), insertando normas de carácter subjetivo o políticos, teniendo como base la tesis de las fuentes sociales, por beneficios o intereses privados. Sin embargo, se advierte que, en la actualidad en el Estado constitucional de Derecho, el paradigma del Postpositivismo según Aguiló Regla afirma que el ordenamiento jurídico no solo está compuesto por normas estáticas convencionales y generales; sino que, también está compuesto por principios y directrices Constitucionales. Por cuanto, estos principios requieren de un razonamiento jurídico, no puramente deductivo como en el caso de las normas reglas, que se aplica mediante la subsunción; sino que, con este paradigma, todo el ordenamiento jurídico debe estar sujeto a las normas constitucionales como garantía de los justiciables. Ello quiere decir, que las normas dadas por el Poder Legislativo necesitan pasar por un filtro de constitucionalidad de las leyes, a través del control difuso (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal

Constitucional Ley N.º 28237), dado que es una facultad constitucional concedida a los Jueces para revisar la constitucionalidad de las normas, haciendo prevalecer la Constitución sobre la ley u otras normas *infralegales*.

Por ello, se vulnera el principio integral de la víctima, cuando se aplica de manera literal las normas convencionales y programáticas, dadas por el Poder Legislativo. Empero, el juez debe argumentar jurídicamente no debe caer en la tentación de derivar sus argumentos de la moral social, tampoco de su moral crítica (con prescindencia de si considera que dicha moral es objetiva). Por lo tanto, el argumento jurídico respecto a resolver la controversia por el órgano jurisdiccional, en última y definitiva instancia siempre debe derivar de la moral legalizada fundamental no de una moral crítica o social.

- b. La determinación del monto de la reparación civil**, por cuanto en el proceso penal en los delitos de corrupción, no existe una norma que explique cómo determinar el monto de la reparación, a esto hay que agrégale que algunos operadores de justicia de acuerdo a la experiencia en la defensa técnica; solicitan la reparación de manera desproporcional sin un fundamento jurídico ni fáctico, sino simplemente por cuestiones subjetivas. Por lo que, la reparación al momento de fijarse, esta se traduce en una suma dineraria única, que abarca todos los daños efectivamente causados; en efecto, “es necesario que en la fundamentación de la sentencia- inexistente o sumamente escasa en ese extremo” (Gálvez Villegas, 2008, p. 160). Se indique los criterios que han sido utilizados para poder determinar

los daños, así como la individualización de los mismos, debido a que los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales no se determinan de la misma forma.

Por lo tanto, para poder determinar el monto de la reparación civil se establecerá por separado. Así lo establece el IV Pleno Nacional Penal realizado en Iquitos - 1999 en el tema 5 respecto a la reparación civil, en su considerando segundo, que la reparación civil se determina de acuerdo a la magnitud del daño causado y teniendo en cuenta el interés de la víctima. Nunca se determina el monto de la indemnización en atención a la gravedad del delito o la capacidad económica del agente.

Otro punto, que se debe tener en cuenta para determinar el monto de la reparación es la institución jurídica; pues, la responsabilidad penal requiere una teoría analítica del delito, de un hecho típico, antijurídico y culpable; mientras, que la responsabilidad civil requiere de la existencia de un daño antijurídico, una relación de causalidad entre el daño causado y la conducta realizada por el autor del mismo, así como de un factor de atribución, por el cual se pueda hacer responsable al causante del daño. Ante esto es preciso mencionar, para poder determinar el monto de la reparación civil, cuando las normas del Código Adjetivo no son suficientes para poder determinar la magnitud del daño ocasionado, se debe recurrir supletoriamente a las normas del C.C, así lo establece el artículo 101 del Código Penal, que la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil. Si esto es así, cuando en materia penal no hay una norma

específica para poder determinar el monto de la reparación, los operadores de justicia tienen que desarrollar los elementos de la responsabilidad civil, como el hecho ilícito (antijuricidad), el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución y de esta manera no se vulnere el principio integral de la víctima. Sin embargo, se puede advertir que algunos operadores de justicia determinan el monto bajo un criterio subjetivo o discrecional, o simplemente creyendo que el derecho está compuesto solo por normas reglas dadas por el Poder Legislativo.

Por último, es necesario agregar que la reparación civil es una institución jurídica que se construyó pensando en la víctima del cual se desprende la restitución del bien y la indemnización por los daños y perjuicios (artículo 93 del CP). Mientras que el artículo 94 del Código Procesal Penal de 2004, nos da una definición amplia quien es considerado agraviado, lo cual refiere que se considera agraviado todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito, o perjudicado por las consecuencias del mismo (...). Ahora bien, el mismo Código Adjetivo, refiere de manera general quien es el titular de reclamar lo íntegro de la reparación, al incluir en el artículo 98 que: “la acción reparatoria en el proceso penal solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicada por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso los daños y perjuicios producidos por el delito”; sin embargo, la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 prescribe que la reparación civil en los delitos de corrupción será 50%

para la entidad agraviada y 50% para el Ministerio de Justicia, (actualmente en el numeral 47.2 del D. Leg N.º 1326, que mantiene intacto el 50% de la reparación civil en favor del Ministerio de Justicia), situación que desnaturaliza la reparación y por ende vulnera el principio integral de la víctima.

Con lo dicho líneas arriba, se comprueba la primera categoría de la hipótesis planteada, por cuanto, se advierte que se vulnera el principio de la íntegra reparación del agraviado por una norma autoritativa dada por el Poder Legislativo y por el monto cuantificable de la reparación civil.

B. Transgresión de la naturaleza de la reparación civil al tener como destinatario de la misma al Ministerio de Justicia

El Postpositivismo o constitucionalismo argumentativo es una concepción *lusfilosófica* en la cual asume al derecho “como una práctica social dotada de una dimensión argumentativa que le es troncal, de manera que la tesis Postpositivista fundamental sería que hay una vinculación argumentativa necesaria entre la práctica del derecho y la práctica de la moral” (Lozada, 2016, p. 17). Ello supone, que, en la praxis jurídica, no solamente operan resortes autoritativos mediante normas reglas dadas por el Poder Legislativo y que tienen que ser cumplidas, sino que también operan resortes morales. Así, la corriente *lusfilosófica* del Postpositivismo ha introducido una categoría que le es fundamental, la de principio jurídico en la cual vendría a ser la conexión que enuncia la práctica justificativa del derecho con la moral.

Por lo tanto, el Postpositivismo concibe una práctica social dotada de una argumentación interpretativa, interpretación que le corresponde a los operadores de justicia y en especial al Juez constitucional u ordinario; dado, que el Juez es el encargado de velar por la Constitucionalización de las leyes ante cualquier conflicto de normas; tales, como sucede en el proceso penal en los delitos de corrupción en el cual la reparación civil se desnaturaliza y por ende transgrede su verdadera naturaleza, por aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, (hoy numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326), dado, que esta norma legal ostenta titularidad de agraviado al Ministerio de Justicia, al otorgarle el 50% de la reparación sin haber sufrido las consecuencias del delito; por ello, el Juez al aplicar esta norma legal en el proceso penal respecto a la reparación en los delitos de corrupción, este debe interpretar la norma de forma extensiva; considerando, que el Código Procesal Penal de 2004 se reforma bajo los parámetros constitucionales teniendo en cuenta los derechos fundamentales, dejando de lado el modelo inquisitivo, para dar pase al modelo acusatorio con tendencia adversarial que es mucho más garantista y su esfera de protección se enmarca en la víctima; por cuanto, la víctima ostenta la titularidad de la acción civil, dado, que siempre será el perjudicado.

En efecto, en el presente trabajo entran en conflicto dos normas reglas de dos Decretos Legislativos (D.L. N.º 1068 hoy 1326, y D.L N° 957), porque uno establece que la mitad de la reparación será para el Ministerio de Justicia (tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º

1068), hoy numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326; y la otra establece que la acción reparatoria, solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicada por el delito (artículo 98 del CPP); *prima facie*, se observa en abstracto que la segunda norma protege los intereses de la víctima, al ostentarle titularidad de solicitar la reparación, considerando que es quien sufrió las consecuencias del delito. En cambio, la primera norma, transgrede la naturaleza de la reparación, dado, que ostenta titularidad de una reparación al Ministerio de Justicia que no le corresponde. Generando la contradicción con la norma del CPP (art. 98) que ostenta titularidad a la víctima que sufrió las consecuencias del delito.

Ante esto es necesario tomar en cuenta una de las distinciones más importantes entre Postpositivismo y Positivismo jurídico desarrollado por Josep Aguiló Regla, distinción enmarcada entre subsunción y ponderación de la siguiente manera: Del modelo de la subsunción al modelo de la subsunción y de la ponderación. Para el Positivismo jurídico, el modelo de las reglas se resuelve bajo el razonamiento subsuntivo (supuesto de hecho, consecuencia jurídica y conclusión); ello implica, que “la justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se trata de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla” (Aguiló Regla, 2007, p. 671); tal es el caso de la reparación civil, en el cual la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 prescribe que “la reparación civil que deba pagarse a favor del Estado, en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción, se pagará 50% a favor de la entidad agraviada y 50% a favor del Ministerio de Justicia” (ahora

numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326). La situación, es que con el Positivismo jurídico el Ministerio de Justicia tiene legitimidad para reclamar dicha reparación, porque está fundado en el Estado legal de derecho basado en el principio de legalidad, en el cual las normas dadas por el Poder Legislativo deben ser aplicadas por los órganos de control de manera sistemática, por lo que, con esta corriente el Juez es un mero aplicador teniendo como base la norma legislativa, “Esta simplificación no solo lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, sino incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador” (Zagrebelsky, 2002, p. 33); por ello, con el Positivismo jurídico se transgrede la verdadera naturaleza de la reparación civil al solicitar una reparación por *infracomprensión* de la norma.

En cambio, con la corriente del Postpositivismo en la praxis judicial no solo hay normas reglas para resolver la controversia a través de razonamientos subsuntivos, sino que también hay principios, en la cual estos principios requieren de un razonamiento argumentativo para su aplicación, como es la ponderación y no de un mero razonamiento subsuntivo. Ello supone, un cambio fundamental que viene hacer la consideración de que la ponderación de principios es una evolución más primordial que la subsunción, mediante el cual “las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad” (Aguiló Regla, 2008, p. 12). Por ello, con el paradigma del Postpositivismo, el Ministerio de Justicia no

tiene legitimidad para reclamar el 50% de la reparación como lo prevé la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del D. Leg. 1326), por cuanto, si bien es cierto es una norma válida, pero no es justa. Además, considerando que el Ministerio de Justicia no es la parte agraviada y con ello tampoco ostenta la titularidad de la acción dañina, por cuanto no sufrió las consecuencias del delito.

Al respecto, Ferrajoli (2002), indica que en el Estado Legal (positivismo jurídico) la preocupación y los esfuerzos están orientados a establecer las reglas sobre “cómo” decir el derecho. En cambio, en el Estado Constitucional de Derecho (constitucionalismo jurídico), además de las reglas sobre cómo decir el derecho, se establecen reglas sobre “qué cosa” el derecho no puede decir y sobre “qué cosa” debe decir. Dado, que no solo se establece lo que el derecho “es”, sino también lo que el Derecho “debe ser”; por cuanto, “la garantía de los derechos individuales es la función más importante del sistema jurídico” (Dworkin, 1984, p. 17).

La norma fundamental en el artículo 139 numeral 3, prescribe que: son principios de la función jurisdiccional: el Debido proceso y la tutela jurisdiccional, estas son garantías básicas constitucionales de los justiciables que acuden a un proceso judicial. Dado, que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, ello implica, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción; en cambio, el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro

del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

Bajo este contexto, el Juez se convierte en un garante de los derechos fundamentales de los justiciables y en un activista judicial; dado, que el Juez resolverá la causa basándose en el principio de omnipotencia judicial a través de un análisis-argumentativo de acuerdo a la norma constitucional. Por ello, es deber primordial del Estado de promover la efectividad del Derecho a la tutela jurisdiccional, como marco objetivo y acceso a la justicia, lo cual es un derecho de libre por parte de cualquier ciudadano o ente, que solicita tutela del Estado para reclamar su pretensión planteada.

Además, es necesario agregar que la tutela jurisdiccional, es un “atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que destacan el acceso a la justicia, que es el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente” (Rosas Alcántara, 2015, p. 206). Por ello, la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela, reiterando la íntima vinculación entre tutela y ejecución al establecer que “el Derecho al cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso, forma parte imprescindible del derecho a la tutela jurisdiccional” (STC. Exp. N.º 4119-2005-AA/TC, fundamento 64). De esta manera, el derecho a la tutela jurisdiccional no solo implica el derecho de acceso a la justicia y el derecho al debido proceso, sino también el derecho a la “efectividad” de las resoluciones judiciales; con la cual busca garantizar que lo decidido por la autoridad Jurisdiccional tenga un alcance práctico y se cumpla, de manera que no se convierta en una

simple declaración de intenciones. (STC. Exp. N.º 0015-2005-PI/TC, fundamentos 16 y 17)

En síntesis, la naturaleza de la reparación civil se transgrede al tener como destinatario, a un tercero interviniente al considerarse agraviado ficticio como es el Ministerio de Justicia que no sufrió daños dentro de su esfera patrimonial, pero solicita el 50% de la reparación civil en los delitos de corrupción. Por ello, el Estado está en la obligación de tutelar que la reparación sea justa equitativa y proporcional para la entidad agraviada.

Además, se transgrede la naturaleza de la reparación civil por el Positivismo jurídico, al ostentarlo como titular de la mitad de la reparación al Ministerio de Justicia; pues, en el Estado legal de derecho este tiene legitimidad para poder reclamar la mitad de la reparación civil, transgrediendo la verdadera naturaleza de la reparación por *infracomprensión* de la norma, con ello también vulnera la tutela jurisdiccional efectiva, dado que el accionante no recibe tutela en su totalidad, sino que recibe tutela parcial. Por cuanto, la reparación civil se creó preferentemente pensando en la víctima y tiene como finalidad, resarcir el daño ocasionado a la parte agraviada en este caso a la entidad que sufrió un desbalance patrimonial en los delitos de corrupción. En tanto, la tutela jurisdiccional tiene por finalidad velar por un debido proceso justo, razonable y equitativo; por ello, el único en reclamar la reparación según el artículo 98 del Código Procesal Penal de 2004, es aquel que sufrió verdaderamente la acción ilícita o fue perjudicado por delito.

Además, es necesario agregar que el Ministerio de Justicia pierde legitimidad, entendida esta como aquella cualidad de ser conforme a un

mandato constitucional y legal, es decir la capacidad de ser obedecido sin recurrir a la imposición; por lo que, las instituciones adquieren legitimidad cuando son confiables y verosímiles, de esta manera logran un reconocimiento y confiabilidad de los justiciables y por ende adquieren licencia social para operar, en tal sentido, deben estar intrínsecamente relacionadas con la concepción de autoridad moral y relacionadas con la honestidad intelectual. Pues “la legitimidad es considerada como un elemento esencial para el buen funcionamiento de las instituciones políticas y jurídicas” (De Hierro, 2013, p. 180). Si la legitimidad, es una cualidad de ser “conforme” a la Constitución; entonces, el Ministerio de Justicia no tiene legitimidad de reclamar la mitad de la reparación civil, por cuanto la norma legal no es acorde con la Constitución; por ello, el Estado como garante de los Derechos fundamentales, es el encargado de velar por la seguridad jurídica a través de los operadores de justicia (Poder Judicial).

Por último, una cuestión muy importante que debemos tener en cuenta, es que la lesión de un bien jurídico, siempre tendrá un titular- (persona, Estado o sociedad), y por ende cabe la posibilidad que se indemnice a aquélla, y otra muy distinta, es que la responsabilidad civil pueda transmitirse a otras personas (herederos) y, que inclusive, pueda recaer sobre una persona distinta al generador del estado de lesión y/o la puesta en peligro; un aspecto no deja sin sostén lo otro. (Peña Cabrera Freyre, 2014).

Con lo descrito en los preceptos anteriores, se evidencia como se transgrede la verdadera naturaleza de la reparación civil por el Positivismo

Jurídico al aplicarse de manera literal la norma autoritativa, sin tener en cuenta el principio argumentativo del derecho; además, se transgrede al incluir un tercer interviniente que reclama la reparación por *infracomprensión* de la norma, sin haber sufrido las consecuencias del delito; y por último el Ministerio de Justicia pierde legitimidad, por cuanto, la norma aplicada (tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, hoy numeral 47.2 del artículo 47 del D. Leg 1326), al caso concreto no es acorde con la Constitución porque vulnera las garantías básicas del proceso penal. Con ello, se comprueba la segunda categoría de la hipótesis planteada.

C. Vulneración del principio de proporcionalidad y razonabilidad

En el Estado constitucional democrático, todo proceso judicial debe desarrollarse teniendo en cuenta los principios jurídicos, pues, estos constituyen el contenido esencial de la Constitución, y protegen derechos fundamentales de las partes procesales; además, es necesario tener en cuenta que el ordenamiento jurídico no solo está compuesto por normas reglas, sino también por normas principios y normas directrices; aunando a ello, las normas reglas en cuanto a su aplicación al sistema, son todo o nada para su validez y su aplicabilidad. “Si los hechos por una regla están dados. Entonces o la regla es válida, en cuyo caso la solución que adopta debe ser aceptada, o no lo es, en cuyo caso no atribuye en nada a la decisión” (Pérez Bermejo, 2006, p. 100).

En cambio, los principios, “exigen un razonamiento más complejo, por lo que nuestros sistemas jurídicos reconocen una pluralidad de principios considerados todos ellos como normas de primer rango” (Pérez Bermejo,

2006, p. 100). Por cuanto, un “sistema normativo es coherente cuando las normas que lo integran están relacionadas unas con otras mediante operaciones de inferencia correctas” (Rodilla González, 2009, p. 258). Vale decir, que la coherencia normativa alude a que la aspiración normativa no sea contraria entre sí y que no haya contradicciones entre normas del sistema jurídico.

La situación es que el ordenamiento jurídico presenta diversas contradicciones normativas, vulnerando con ello diversos principios; tales como, el de proporcionalidad y razonabilidad dentro de un proceso judicial, por cuanto, estos principios se vulneran por una norma legal, dado que una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien o derecho o para la consecución de un fin legítimo. El principio de proporcionalidad se vulnera por la norma de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del artículo 47 del D. Leg N.º 1326), dado que esta disposición normativa incluye un tercer beneficiario en la reparación civil en los delitos de corrupción, como es el Ministerio de Justicia sin haber sufrido las consecuencias de delito.

El principio de proporcionalidad, según el Tribunal Constitucional, no solo se funda en el Estado constitucional de Derecho, sino también en la cláusula del Estado de derecho y, complementariamente, en el valor justicia. Así, “en la medida en que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de

justicia material” (Exp. N.º 010–2002–AI/TC, F.J. 197). Por cuanto, una medida *infraconstitucional* que afecta un derecho fundamental, como puede ser una ley o una decisión judicial, puede llegar a ser desproporcionada o irrazonable cuando aparece como manifiestamente injusta. En estos casos se habla adicionalmente de la violación del debido proceso en su dimensión material. Efectivamente, la violación del debido proceso no solo ocurre cuando se afectan algunas de sus garantías formales, sino también cuando no se observa un mínimo criterio de justicia por parte del órgano jurisdiccional, es decir, un criterio objetivable a través de los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, se parte entonces, del entendido de que la razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia. Si ello es así, entonces el principio de proporcionalidad se vulnera porque la reparación en los delitos de corrupción no es ajustada a su medida, no es idéntico, es contradictorio, tiene un tercero incluso; y, por último, toda norma posee una razón subyacente.

Primero, el principio de proporcionalidad se vulnera porque la norma *infraconstitucional* de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326), no es ajustada a su medida, dado que la reparación civil tiene que tener un agraviado que sufrió las consecuencias del delito, y por ende necesita ser resarcido en su totalidad, pero las consecuencias del delito debe estar corroborado por elementos de convicción que realmente pruebe que el agraviado merece reclamar la reparación en su totalidad; y si otra persona natural o jurídica reclama dicha reparación y

esta no ha sido afectada, por la acción ilícita, vulnera el principio de proporcionalidad, porque no es la parte afectada, deviniendo en contradicción con el principio de identidad en materia jurídica; por cuanto, este alude a todo lo que es, “es”; entonces si una proposición es verdadera entonces es verdadera; esto quiere decir si la reparación civil le corresponde a la parte agraviada, entonces la respuesta es “verdadera”; ello significa, que la reparación le corresponde a la parte agraviada y no un tercero incluso.

Segundo, el principio de proporcionalidad se vulnera, porque este principio está enmarcado en la no contradicción, vale decir, algo “que sea” y a la vez “no sea”; entonces tenemos, que, si la entidad fue afectada por la acción ilícita en los delitos de corrupción, le corresponde reclamar necesariamente y obligatoriamente lo íntegro de lo dañado. Pero, no puede haber una contradicción, en la cual establezca que otra entidad que no sufrió las consecuencias de delito también pueda reclamar la mitad de la reparación. Por cuanto, no es posible que reclame la mitad de la reparación una entidad diferente a aquella que no sufrió las consecuencias del delito. Vulnerando con ello el principio de proporcionalidad por contradicción de una norma legislativa; pues, la no contradicción alude a que no pueden solicitar al mismo tiempo dos entes diferentes dicha reparación, en la cual, el Poder Legislativo a través de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 hoy numeral 47.2 del Decreto Legislativo 1326, incluye al Ministerio de Justicia como agraviado, dado que este no sufrió las consecuencias del delito; por lo tanto, se vulnera el principio de proporcionalidad, dado que hay una

contradicción respecto a reclamar la reparación por un tercer incluyente (Ministerio de Justicia).

Tercero, el principio de proporcionalidad se vulnera, por una desproporcionalidad de la medida Legislativa al incluir un tercer incluyente en la reparación, dado que o bien una “cosa es”, o “es contrario”, pero no puede haber un punto intermedio; vale decir, que la reparación civil debe reclamarlo obligatoriamente aquel sufrió la acción dañina, pero no puede haber un punto intermedio, en la cual establezca que la reparación tiene que ser dividida entre la entidad que sufrió la acción ilícita y la entidad que no sufrió la acción ilícita; con ello, vulnera la proporcionalidad y razonabilidad de la reparación y por ende derechos de la víctima como la íntegra reparación.

Y, por último, toda norma legislativa tiene una razón oculta que la subyace. Entonces el artículo 98 del Código procesal Penal, tiene como razón subyacente, que es la protección y la reparación integral de la víctima. Si ello es así, el numeral 47.2 del Legislativo N.º 1326, vulnera el principio de la reparación integral de la víctima, y con ello el principio de proporcionalidad, dado que existe una desproporcionalidad en la reparación civil; por cuanto, la reparación civil tiene como finalidad reparar el daño o efecto que el delito ha tenido sobre la víctima. Ello implica, que de la reparación civil no sólo deriva el daño del delito, sino también el efecto que el delito ha tenido sobre la víctima.

Por lo tanto, en un Estado constitucional democrático el principio de proporcionalidad y razonabilidad resultan indispensables al modelo de principios que representan los derechos fundamentales, toda vez que “la

validez de la Constitución de un País queda determinado por la norma fundante, y el contenido constitucional por los principios jurídicos (Islas Montes, 2011, p. 412).

En el sistema constitucional peruano, el principio de proporcionalidad está prescrito explícitamente en el artículo 200 de la Norma Fundamental, último párrafo, que prescribe “cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo (...)”.

Respecto a este dispositivo constitucional, el máximo Ente de control de constitucionalidad de las leyes (Tribunal Constitucional), indica que, en su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, sino que el principio de proporcionalidad según el Exp. 0010–2002–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138, refiere que “es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. Vale decir, que este principio constitucional alude a la protección de todo el ordenamiento jurídico, y a la protección de todo justiciable que solicite tutela judicial por parte del Estado.

La Constitución Política del Perú en su artículo 45 refiere que es una cláusula del Estado de derecho, al establecer que “el poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones”, “En la medida que el Estado de derecho se define a partir del sometimiento del poder político a las normas del ordenamiento jurídico estatal y, especialmente, a la primera de esas normas que es la Constitución”

(Castillo Córdova, 2004, pág. 7). De este texto constitucional, podemos deducir que no hay duda que el Estado de derecho fundamenta el principio de proporcionalidad en la medida que ordena al poder político a estar sujeto a la Constitución, y al estar sujeta a la Constitución, este debe estar sujeto también a los dispositivos constitucionales, el cual reconocen y garantizan derechos, lo cual esta sujeción obliga a un respeto absoluto o irrestricto de los derechos fundamentales y, en todo caso, a que la afectación de los derechos sea razonable y equilibrada, es decir, se ajuste a las exigencias del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad en el proceso penal se encuentra prescrito en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal Peruano y establece que: “la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”. Al respecto el Tribunal Constitucional según el Exp. 0010–2002–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 140 refiere, que “en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material. Vale decir, que impone al Legislador que, al momento de establecer las penas, ellas obedezcan a una justa y adecuada proporción entre el delito cometido y la pena que se vaya a imponer. Por ello, el principio de proporcionalidad debe aplicarse en todos los ámbitos del quehacer jurídico, indudablemente donde tiene un importante campo de prueba es en el derecho sancionador, particularmente en el derecho penal.

Por ello, cuando se habla de proporcionalidad se habla fundamentalmente de justificar la afectación de un derecho constitucional, tal como sucede

con el principio de la íntegra reparación del agraviado en los delitos de corrupción, en el cual se vulnera este principio fundamental de la responsabilidad civil, por aplicación de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy artículo 47 numeral 47.2 del D.Leg N.º 1326), dado que incluye un tercer beneficiario de la reparación civil como es el Ministerio de Justicia; situación, que vulnera el principio de proporcionalidad. Por cuanto, el principio de proporcionalidad lo que trata es determinar si existe una relación de equilibrio o de adecuada correspondencia entre la restricción que llega a sufrir un derecho constitucional, y la conservación de un bien o interés público que aparece precisamente como causa de la restricción.

Por otro lado, el principio de razonabilidad es una garantía constitucional así lo establece el último párrafo del artículo 200 de la Norma Fundamental. Este texto normativo constitucional, está referido a la exigencia de la justicia jurídica y a la garantía en el debido proceso sustantivo ante la arbitrariedad, y tiene como fin principal “proteger al valor justicia en el contenido de todos los actos de poder, y también de los particulares” (Bidart Campos, 2008, p. 71). Por lo que, la razonabilidad está inmerso en una exigencia del derecho y justicia o sea en su contenido de una norma válida y justa. Además, es necesario agregar que la razonabilidad es “una actitud de la razón práctica que trata de llegar a la toma de decisiones por la argumentación” (Flores Galindo, 2006, p. 189).

Por ello, al constituir la razonabilidad una garantía de una norma válida y justa; ello quiere decir, que una norma aparte de ser válida también debe ser justa para su aplicación, *prima facie* se evidencia que el derecho

necesariamente incluye una pretensión de corrección moral; sin embargo, vemos como se vulnera la razonabilidad, por la norma *infraconstitucional* dado que no es una norma justa; por ello, es necesario incluir la deontología basado en el estudio de los valores y resumido en el valor justicia, y de esta manera se dé un proceso justo y razonable, desde la mirada de la justicia y acorde con la Constitución.

Además, es necesario agregar que el principio de razonabilidad se proyecta, con la exigencia de la justicia jurídica y la garantía en el debido proceso sustantivo, dado que la exigencia de la garantía jurídica debe fundamentarse en una razón técnica y jurídica. Por cuanto, dentro de la razonabilidad está inmerso el valor justicia ante la arbitrariedad de los órganos de control. Entonces podemos afirmar que este principio fundamental se vulnera, por *infracomprensión e infrainterpretación* de la norma. pues, es una norma injusta y desproporcional respecto a la víctima del delito a reclamar la reparación integral. Con ello, vulnera no solo el principio de razonabilidad, sino también la seguridad jurídica, y que esta exige una concreción de la justicia.

Por último, en el proceso penal en los delitos de corrupción, el principio de proporcionalidad y razonabilidad se vulneran por el Poder Legislativo, dado que esta faculta el Ministerio de Justicia a solicitar la mitad de la reparación civil, al considerarle un agraviado ficto. Porque permite la repartición de la reparación civil a una entidad que no sufrió las consecuencias del delito. Asimismo, es necesario agregar que se revictimiza aún más a la Entidad agraviada al solicitar el Ministerio de Justicia, no solo la restitución del bien, sino también la indemnización por

los daños y perjuicios; considerando que según la norma adjetiva (CCP art. 98), la acción reparatoria solo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien la ley civil este legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito. Con ello, podemos afirmar que el principio de razonabilidad de vulnera porque la norma es injusta y por *infracompreension e interpretación* de la norma. Con lo descrito líneas arriba se comprueba la tercera categoría planteada en la hipótesis.

D. Existencia del conflicto de normas entre el artículo 98 del Código Procesal Penal y la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068, hoy el numeral 47.2 del Decreto Legislativo N.º 1326

El constitucionalismo garantista de Ferrajoli (2010), es una de las corrientes filosóficas más importantes del garantismo jurídico, por cuanto dentro de ello está inmerso la protección de los derechos positivizados y la igualdad de los justiciables. Esta corriente filosófica, refiere la desconfianza a todo tipo de poder público o privado; pus, el garantismo no se hace falsas ilusiones acerca de la existencia de poderes buenos, que den cumplimiento espontáneo a los derechos, y prefiere verlos limitados siempre sujetos a vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos subjetivos, sobre todo si tienen carácter de derechos fundamentales.

El constitucionalismo garantista, según Ferrajoli (2010) es como un iuspositivismo reforzado, completando al Estado de Derecho, porque comporta el sometimiento al Derecho y al control de constitucionalidad.

Refuerza al positivismo jurídico, porque positiviza no sólo “el ser” sino también el “deber ser” del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa al Derecho y al control de constitucionalidad. De esta forma, el constitucionalismo jurídico eliminó la forma de gobierno de los hombres; y las leyes dadas por el Poder Legislativo deben pasar por un control de constitucionalidad; por ello, el constitucionalismo garantista tiene como finalidad primordial, la protección de los derechos subjetivos de los justiciables, por cuanto, no le da crédito a los poderes públicos al llamarle poderes buenos, sino más bien que estos poderes públicos y privados deben estar sujetos al control de constitucionalidad.

Por lo tanto, el garantismo jurídico es una forma de control de los órganos públicos, y deben estar limitados a la Constitución; dado que, el Poder Judicial es el único poder público que la Constitución le confiado la legalidad y constitucionalidad de las acciones de los demás poder públicos del Estado, cuando hay conflicto de normas o vacíos legales (lagunas). Ferrajoli (2010), distingue tres significados del constitucionalismo garantista: Primero, como modelo o tipo de sistema jurídico; en este modelo de sistema, el constitucionalismo garantista al ser positivizados un catálogo de derechos y principios fundamentales dentro del ordenamiento jurídico constitucional, todas las normas *infraconstitucionales* del sistema jurídico deben someterse al control de constitucionalidad de sus leyes. Segundo, como teoría del Derecho, en este modelo, el constitucionalismo garantista es una teoría que tematiza la discrepancia entre “deber ser” (constitucional) y “ser” (legislativo) del

Derecho. Pues, la teoría positivista o como él lo llama *paleo-positivista*, esta corriente filosófica se caracteriza por la distinción y la virtual divergencia entre validez y vigencia de sus normas dado que admite la existencia de normas vigentes; en efecto, en la teoría positivista, el juez se convierte en un autómatas de la ley a través de una aplicación lógico – deductiva pero carente de razonamiento jurídico amplio y sustancial. En sentido contrario, el iuspositivismo crítico invita al juez no solamente a emitir juicios de validez de las normas jurídicas sino, aún más, a dotar y ampliar el contenido sustancial de las mismas leyes ante la existencia de lagunas, dilemas y antinomias jurídicas, evitando la arbitrariedad y procurando la discrecionalidad en los juicios de validez que emita. Por último, como filosofía y teoría política, en este modelo, el constitucionalismo garantista consiste en una teoría de la democracia elaborada no como una genérica y abstracta teoría del buen gobierno democrático, sino más bien, como una teoría de la democracia sustancial, además de formal, anclada empíricamente en el paradigma de Derecho ahora ilustrado.

Por ello, el constitucionalismo garantista se concibe como un garante de la democracia y de los derechos fundamentales. Por cuanto, una norma *infraconstitucional* debe pasar por el control de constitucionalidad, control que es ejercida por el Poder Judicial, cuando hay vulneración de un principio o derecho fundamental, o ante un conflicto de normas; tales como sucede, con la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, hoy después de la derogatoria el artículo 47 numeral 47.2 del Decreto Legislativo N.º 1326, que vulnera el principio integral de

la víctima, por cuanto esta norma *infraconstitucional* otorga un destinatario diferente de la víctima.

Del artículo 45 de la Carta Fundamental se deduce dos ideas fundamentales: Primero, que el poder lo posee de manera natural el individuo, no es potestad del Estado, quien de manera arbitraria se ha usurpado los derechos individuales, por autonomía el individuo es el soberano que delega temporalmente el poder. Segundo, que el poder no es compacto ni absoluto, sino que esta funcionalmente dividido en funciones; dado, que existe autonomía institucional por parte de los diversos ámbitos del Estado (Ejecutivo legislativo y judicial principalmente). (Chanamé Orbe, 2013) Luigi Ferrajoli (2010), agrega que la soberanía deja de existir como *potestas legibus soluta* (liberado del poder de las leyes) en manos de órganos o sujetos institucionales, aun cuando estén investidos de representación, la misma pertenece al pueblo, continúan afirmando todas las constituciones. Pero esta norma equivale a una garantía, esto significa en negativo, que la soberanía pertenece al pueblo y a ningún otro, y ninguno presidente o asamblea representativa puede apropiarse de ella o usurparla. Dado, que el pueblo no es un macrosujeto sino la suma de millones de personas, la soberanía popular no es otra cosa que, en positivo, la suma de aquellos fragmentos de soberanía que son los derechos de todos.

El artículo 138 de la carta fundamental establece el control de constitucionalidad de las leyes, dado que consiste en comprobar si todas las leyes o normas con rango de ley que integran el sistema jurídico son “conforme” a la Constitución, control que varía según la opción del

constituyente. El texto constitucional faculta al Juez a ser el Director del proceso mediante el cual los justiciables esperan que resuelva “conforme” a la Constitución y no vulnere derechos de las partes procesales; dado, que el control de constitucionalidad lo lleva en primer orden el Tribunal Constitucional, luego el Poder Judicial, por lo que, esta institución jurídica que conocemos como el Control Judicial de constitucionalidad de las leyes, se define como un control Judicial Difuso, pues todo Juez es competente para inaplicar en caso concreto, en todo o en parte una ley por ser inconstitucional, esto significa que todas las leyes inferiores a la Constitución tienen que ser conforme a ella, no pueden contradecirla, y si una norma entra en conflicto con la Constitución prevalece esta última, porque es una norma de rango jerárquico.

Por lo que, el presupuesto fundamental para aplicar el control judicial es que la Constitución sea escrita (constitución formal), rígida (con un procedimiento agravado de reforma). Escrita para que el Juez pueda efectuar el examen de compatibilidad entre la norma de menor rango que contraviene a la Constitución; y rígida, porque determina que la Constitución sea la norma suprema, que tiene rango superior, por encima de todas las demás, con la finalidad de que el Juzgador no resuelva el caso concreto teniendo la opción de una mera discrecionalidad judicial. Si no fuera así las leyes serían del mismo rango, y por lo tanto tendría que aplicarse el principio de la *lex posterior derogat priori* (ley posterior deroga a la anterior). (Castañeda Otsu, 2013)

En ese sentido, es necesario agregar que el constitucionalismo garantista constituye la garantía de los justiciables en un proceso judicial; solicitando

estos tutela jurisdiccional del Estado, dentro de ellos el debido proceso, justo y razonable acorde con la norma fundamental; En efecto, cuando hay conflicto de normas el Juez es el encargado de resolver la controversia no por cuestiones subjetivas, sino mediante argumentos jurídicos; tales como sucede en el presente trabajo, donde existe conflicto de normas de dos Decretos Legislativos promulgados en diferente tiempo y contexto. Por un lado, tenemos el artículo 98 del Código Procesal Penal y, por otro, la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del Decreto Legislativo 1326), entran en colisión al solicitar la reparación. Para ello, se tratará de explicar las dos normas en conflicto: la cual llamaremos N1 a la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068; y N2 al artículo 98 del Código Procesal Penal.

N1: es una norma posterior, y prescribe que “La reparación civil que deba pagarse a favor del Estado, en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción, se pagará 50% a favor de la entidad agraviada y 50% a favor del Ministerio de Justicia” actualmente el texto es el siguiente 47.2 “La reparación civil que deba pagarse a favor del Estado, en casos donde no pueda determinarse la entidad agraviada, el 50% es destinado al Tesoro Público y el otro 50% se destina al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos”; esta última entra en vigencia a partir del 24 de noviembre mediante su reglamento decreto supremo N.º 018-2019-Jus, y la norma derogada es posterior, porque fue promulgada el 28 de junio del 2008, en la cual el Congreso de la República, mediante Ley N.º 29157, ha delegado al Poder Ejecutivo la facultad de legislar la defensa jurídica del

Estado. Con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional de conformidad con lo establecido en el artículo 104 de la Constitución Política del Perú.

N2: es una norma anterior, y prescribe que “La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito”; anterior, porque fue promulgado el día 22 de julio de 2004.

Por lo tanto, al comprobar las dos disposiciones normativas, se observa *prima facie*, el conflicto de dos normas en abstracto, porque se infiere que con la sola lectura de las normas legales se puede verificar la contradicción. Observemos que N1 solicita la mitad de la reparación civil para el Ministerio de Justicia como parte agraviada; nótese en el artículo 93 del Código Penal prescribe que la reparación civil comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y la indemnización de los daños y perjuicios; de ello, podemos inferir que N1 está solicitando no solo la restitución del bien, sino también la indemnización por los daños causados en favor del Ministerio de Justicia.

El Código Procesal Penal de 2004, nos da una definición amplia de agraviado así el artículo 94 refiere que: “se considera agraviado a todo aquel que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. (...)”. De este texto legal, podemos deducir que solo es agraviado aquel sufrió verdaderamente las consecuencias del delito dentro de su esfera patrimonial; con ello, se evidencia que el

Ministerio de Justicia no sufrió la acción ilícita proveniente del delito; sin embargo, la disposición N1 lo incluye como agraviado, generando la contradicción normativa con N2.

Porque N2, en síntesis, refiere que solo el perjudicado por la conducta ilícita puede constituirse en actor civil, es decir, el titular de la acción civil será el perjudicado; por lo tanto, será el único que debe recibir la reparación íntegra de lo dañado. Ello quiere decir, que el perjudicado puede ser una persona física o jurídica que ha sufrido algún tipo de perjuicio por el accionar ilícito que se investiga en sede penal. Por ello, que solo el perjudicado puede constituirse en actor civil ¿actor civil para qué? para poder demandar la reparación civil, por cuanto es el sujeto legitimado de reclamar la reparación en su totalidad, el cual debe solicitar su pretensión resarcitoria proveniente del delito; con ello se comprueba que el único en reclamar la reparación civil es aquel que sufrió las consecuencias del delito. Asimismo, N1 vulnera el principio de íntegra reparación del agraviado, desnaturaliza la reparación civil, y genera la contradicción respecto al titular de dicha reparación; dado, que admite una repartición de la reparación civil, es decir, restitución e indemnización por daños y perjuicios.

Por lo que, el Ministerio de Justicia a través de los procuradores tiene como objetivo principal el cobro de las reparaciones civiles; pero que este cobro de reparación civil no está uniformizado, como criterio oficial o de qué manera se afecta en su esfera patrimonial y no está determinado el carácter de “gravedad o importancia” de los casos sobre los que la Procuraduría Anticorrupción interviene; si bien es cierto, que el Ministerio

de Justicia tiene como función principal velar por los intereses del Estado, pero se debe tener en cuenta si la norma que se va aplicar al caso concreto es justa o injusta, por cuanto, un Procurador anticorrupción debe interpretar la norma a la luz de la Constitución. Por ello, el único que puede y debe evitar esta contradicción es el Juez, mediante la argumentación jurídica.

Además, es necesario agregar que el Código Procesal Penal de 2004, trajo consigo al proceso penal una reforma de cambio con la finalidad de proteger a la víctima del delito, la cual incluye un catálogo de derechos y garantías constitucionales (garantía de los justiciables), lo cual permite la materialización de otros principios procesales, como la inmediación, contradicción, concentración y publicidad. En efecto, la reforma del CPP de 2004, tiene como objetivo principal proteger los derechos de la partes dentro de un proceso penal; porque, el proceso penal no solo tiene que ver con la búsqueda de la verdad formal que ha de permitir en ciertos casos a la jurisdicción penal, emitir una sentencia de condena, con ello imponer una pena al sujeto infractor de la norma jurídico- penal, sino que tiene que ver también con la pretensión indemnizatoria que persigue obtener el agraviado (actor civil artículo 98), en el marco de la resolución final del juzgador, tal como se desprende del artículo 92 del Código Penal que la reparación civil se determinará conjuntamente con la pena. Entonces, la situación es que, si el proceso penal tiene cierta preponderancia por la acción penal, de conformidad con los intereses públicos, que sostiene la persecución ejercida por el Ministerio Público, esto no quiere decir de ninguna manera que la acción civil sea una

pretensión meramente accesoria. (Peña Cabrera Freyre A., 2013)

Por ello, con la entrada en vigencia del CPP de 2004, no solo se busca que se determine la situación jurídica del imputado, sino también de ofrecer una respuesta fundada en Derecho, en lo que respecta a la pretensión reparatoria. Si bien es cierto, que la declaración de responsabilidad civil está condicionada a la imposición de una condena, no es menos cierto que en ciertas circunstancias el juzgador podrá decidirse por pronunciarse sobre dicho aspecto, pese a la expedición de una sentencia absolutoria o de un auto de sobreseimiento no impedirán al órgano jurisdiccional pronunciarse sobre la responsabilidad civil derivada del hecho punible, conforme a lo establecido en el artículo 12 numeral 3) CPP de 2004. Sin embargo, el artículo 349. Numeral 1), establece en su inc. g), que el fiscal en su acusación deberá solicitar el monto de reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado o tercero civil que garantizan su pago y la persona o quien sufrió un menoscabo dentro de su esfera patrimonial, en concordante con el artículo 321 numeral 1); ello implica, que el Persecutor Público debe haber cumplido con dicha obligación antes de pasar a la etapa objeto de examen. Empero, no puede dejarse de lado que a la víctima la ley procesal le reconoce la legitimidad activa sobre el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible, constituida en actor civil de acorde a lo previsto en el artículo 98. Más aún, el artículo 11 numeral 1) del CPP, dispone que, si el perjudicado se constituye en actor civil, cesa la legitimación del Ministerio Público para intervenir en el objeto civil del proceso; desde mi punto de vista, el hecho que se constituya en actor civil no enerva la atribución conferida en el inc.

g) del artículo 349 numeral 1), porque si no se estaría sobre victimizando a la parte agraviada.

Por último, el agraviado (actor civil, querellante particular o víctima) a que se refiere el artículo 94 deberá solicitar la reparación civil, cuando ha sido ofendido por el delito, cuando en su opinión el fiscal no ha fijado un *quantum* adecuado, de acorde a las variables que se contienen en el artículo 93 del Código Penal, esto es, sobre el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral; por tales motivos, el actor civil puede alegar en un escrito por qué debe incrementarse significativamente la indemnización; para ello, empleará los argumentos jurídico-civiles supletoriamente del artículo 101 del Código Penal, en el que se incluirá los elementos de la responsabilidad civil.

Por ello, al evidenciarse el conflicto de normas, se desnaturaliza la finalidad de la reparación civil; por cuanto N1, otorga la reparación civil a un destinatario diferente; en cambio N2, es “conforme” a la Constitución, dado que no vulnera el derecho del agraviado, como es la tutela jurisdiccional efectiva y el principio de íntegra reparación del agraviado. Con lo dicho líneas *ut supra*, se comprueba la cuarta categoría planteada en la hipótesis.

E. Vulneración de la seguridad jurídica

El Neoconstitucionalismo, alude a una nueva visión del Estado de Derecho que parte del constitucionalismo cuya característica principal es la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico y que distingue entre reglas como normas legalistas y principios

como normas constitucionales; en efecto, el neoconstitucionalismo se caracteriza por tener constituciones renovadas fuertemente materializadas muchos más largas en la cual se incluye mucho más derechos y principios; por cuanto, esta corriente filosófica tiene una nueva forma de interpretar y aplicar el derecho con una base argumentativa mucho más sofisticada muchos más compleja, y finalmente una nueva teoría del derecho que va más allá de la simple descripción sobre el ordenamiento jurídico, es decir, no solamente ver al Derecho que “es”, sino también lo que el “debería ser” y que incorpora también elementos prescriptivos.

Prieto Sanchís, refiere que el neoconstitucionalismo como teoría del Derecho incluye dos principios elementales, la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; y la omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario. Ello quiere decir, que en un Estado Neoconstitucional no se puede alegar islas exentas de control constitucional y, por ende, espacios no sujetos a ningún tipo de control, en razón de que la Constitución representa un valor supremo y por tanto rige sobre todas las áreas del ordenamiento jurídico. La omnipresencia de la Constitución establece que los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico y, en consecuencia, la Constitución regula plenamente la legislación. Además, es necesario agregar que este concibe la justicia constitucional, dado que reviste una singular importancia, que supone que “la ley deja de ser la fuente suprema

de producción jurídica y el parlamento el único sujeto competente para pronunciar la última palabra en todos los casos” (Prieto Sanchís, 2015, p. 118). En ese sentido, la Constitución al tener sus cualidades materiales y sustanciales, tiene la tipología de sus normas, que hace de ella un texto casi omnipresente en toda operación de creación y aplicación del derecho y al ofrecer un denso contenido material compuesto de valores, principios, derechos fundamentales y directrices, a los poderes públicos, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional.

Entonces podemos decir, que la omnipresencia constitucional desplaza, al principio de unidad del ordenamiento jurídico propuesto por Kelsen, dado que este principio kelseniano le daba al ordenamiento jurídico un carácter estático de sus normas, porque todas sus disposiciones formaban un solo sistema jurídico; así tenemos, que la ley se reduce a la voluntad del gobernante, de este modo la ley puede ser injusta, pero el derecho no, porque este apela a razones. Desplaza porque, el principio de omnipresencia de la Constitución manifiesta que todas las normas del ordenamiento jurídico tengan una irradiación de la Constitución hacia el resto de las normas del ordenamiento jurídico, dado que todas las normas legales deben tener un contenido constitucional en materia de derechos fundamentales. Por lo tanto, la idea de unidad del ordenamiento jurídico se convierte en unidad de contenidos y no en unidad de delegación de autoridad (Legislador).

El segundo principio elemental del neoconstitucionalismo como teoría del Derecho, está referido a la omnipotencia judicial. Este principio, se

concibe como un elemento esencial dentro de la argumentación jurídica; dado, que la responsabilidad del intérprete jurídico no solo exige reconocer la operatividad jurídica de la Constitución, sino dirigir su actividad interpretativa-argumentativa hacia aquellas opciones hermenéuticas que optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales, sin distorsionar su contenido. Interpretación, que le corresponde al operador jurídico por cuanto, este interpretará el derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso. Ello quiere decir, que el operador jurídico tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico, por la presencia de los principios y garantías constitucionales, abandonando el método de la subsunción por la penetración general del texto constitucional. En efecto, si anteriormente el operador jurídico *interpretaba/aplicaba* independientemente de la valoración del caso concreto, ahora el operador jurídico debe *interpretar-ponderar* a la luz de los derechos fundamentales; de tal manera, que cuando una disposición es susceptible de interpretarse en dos o más sentidos, es preferible entenderla en aquel que le permite tener algún efecto constitucional antes que en el sentido en el cual no podría tener ninguno.

Este principio de omnipotencia judicial permite la interpretación judicial en última instancia al Juez. Así, Schmitt refiere que “la última palabra la pronuncia el juez al dirimir un litigio, no el legislador que crea las normas” (2006, p. 26). *Prima facie*, se observa la tesis de que vivimos en un Estado Jurisdiccional; por cuanto, los Jueces al interpretar la Constitución, se refuerza en grado máximo cuando éstos ejercen la atribución de definir y

resolver los conflictos jurídicos desde la lectura de los valores que informa la Constitución por sobre las tareas interpretativas del legislador.

Por lo tanto, el neoconstitucionalismo al concebir el Estado de Derecho, “implica que tanto el derecho de las reglas como la regla de los valores subyacen a los ideales fundamentales democráticos (tales como la separación de poderes y la independencia del poder judicial)” (Barak, 2017, p. 25). Dado, que tiene como eje principal los derechos fundamentales y el valor justicia y por ende la seguridad jurídica como predictibilidad del ejercicio del poder público sobre la base de las reglas jurídicas. Pues, la seguridad jurídica es uno de los valores más importantes de todo el ordenamiento jurídico junto con el valor justicia y el bien común. Pérez Luño (1994), refiere que la seguridad jurídica en cuanto valor jurídico permite el desarrollo normal de la vida individual y colectiva; sin embargo, se halla agredida muchas veces por la abdicación fáctica del poder público de responsabilidades que inmediatamente la incumben. Por ello, genera la inseguridad jurídica basada en el temor ante el exceso de poder estatal.

La seguridad jurídica, no está taxativamente prescrita en el ordenamiento jurídico constitucional peruano, como si lo está en el ordenamiento constitucional comparado; sin embargo, tiene relación directa con los artículos que se mencionarán en los siguientes párrafos. Por cuanto, los enunciados constitucionales son normas de primer orden que informan a todo el ordenamiento jurídico a respetar la Norma Constitucional. Así tenemos el artículo 44 de la Constitución política del Perú, en el que consagra uno de los deberes fundamentales del Estado, que es

“garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales”. Ello implica, que el Estado tiene el deber primordial que es respetar la plena vigencia de los derechos fundamentales de todos los justiciables y de todos los individuos en general y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; en efecto, el Estado como garante de la seguridad jurídica está en la capacidad de velar por todos aquellos sujetos procesales a que su controversia sea resuelta de acuerdo a la norma constitucional sin injerencia políticas o religiosas, en la cual el Juez ordinario y el constitucional es el garante que debe respetar los derechos de las partes procesales.

El artículo 45 de la carta fundamental podemos de alguna manera concordarle con el artículo 138. Por cuanto, el primero está referido al origen y ejercicio del poder estatal; vale decir, que este ejercicio del poder estatal debe ser acorde con la Constitución y las leyes. En este texto constitucional, la seguridad jurídica está de manera implícita al reconocer expresamente a través de distintos artículos, la obediencia al mandato del pueblo y a sus representantes. En la cual prescribe, que el poder del Estado emana del pueblo, por lo que, nos encontramos dentro de un marco normativo constitucional, que consagra una democracia representativa, a través de la cual el pueblo elige y los gobernantes elegidos ejercen el poder en representación del pueblo, teniendo en cuenta la Constitución. Vale decir, que los representantes que fueron elegidos mediante acción popular no son los titulares del poder y lo ejercen exclusivamente en representación del pueblo que los eligió.

En tanto el segundo (art. 138), está referido al control judicial de la constitucionalidad de las leyes. De ello, se puede evidenciar que mientras que en el primero (art. 45) está referida a la acción estática, al prescribir que “quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y la ley establecen”; en cambio el segundo está referido a la acción dinámica, vale decir quién es el encargado que va ejercer ese dinamismo, y este texto constitucional refiere que únicamente le corresponde al poder judicial, con arreglo a la Constitución y a las leyes. De ello, podemos deducir, que el único en inaplicar la norma que no es acorde con la Constitución es el poder judicial. Así, toda norma legal que vulnere derechos de los justiciables debe ser valorada de acuerdo a la norma constitucional. Por cuanto, si se vulnera este mandato constitucional se vulnera la seguridad jurídica.

Por ello, la seguridad jurídica está presente en todo el ordenamiento jurídico, dado que constituye como presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los estados de derecho. El artículo IX del Título Preliminar del C.P.P. numeral 3), prescribe que “El proceso penal garantiza, también, el ejercicio de los derechos de información y de participación procesal a la persona agraviada o perjudicada por el delito. La autoridad pública está obligada a velar por su protección y a brindarle un trato acorde con su condición”. De este texto legal podemos inferir como la seguridad jurídica, protege a la víctima del delito, a ser reparada en su totalidad; por cuanto, la reparación implica la compensación del daño y la indemnización de los perjuicios materiales y morales, y esta función de las consecuencias directas y necesarias que el delito generó

en el agraviado que la estimación de la cuantía de la reparación civil debe ser razonable y prudente, en la perspectiva cierta de cubrir los fines reparadores a dicha institución. R.N. N.º 1304-2005; 30 enero, (S.P.P) Sin embargo, en el presente caso la reparación civil se desnaturaliza y por ende vulnera la seguridad jurídica, por una ley que no es manifiesta, clara, respecto a reclamar la reparación civil al Ministerio de justicia, y también por la garantía funcional de los órganos de control de la administración pública.

Por lo tanto, si el neoconstitucionalismo concibe el Estado de Derecho, pero no un Estado de derecho Kelseniano con la noción de legalidad planteada solo en la centralización legislativa y la generalidad de las leyes. Sino en aquel Estado de Derecho en el que la legalidad se funda en la soberanía popular y se dirige a la tutela de los derechos fundamentales. (Pérez Luño, 1994). En efecto, el Estado de derecho es, por tanto, una expresión de legitimidad política y precisamente por serlo se identifica con ese principio de legitimidad jurídica que representa la seguridad jurídica. Por ello, retomando el anterior párrafo, la seguridad jurídica se ve vulnerada muchas veces, ya sea por una norma legislativa por *infra-interpretación* o por los operadores de justicia; tales como sucede en el presente trabajo, que la seguridad jurídica se vulnera sus requisitos estructurales y funcionales del Estado de derecho, los cuáles serán analizados en los siguientes párrafos.

a. La seguridad es vulnerada uno de sus requisitos de la corrección estructural, como es una *lege manifesta*; es decir, por una ley que no es manifiesta, clara, precisa, sino es una ley ambigua, para los

justiciables, y esta ley es la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy artículo 47 numeral 47.2 del Decreto Legislativo N.º 1326), al incluir un tercer incluyente a reclamar la reparación; pues, la corrección estructural de la seguridad jurídica está referido a la garantía de disposición y formulación regular de las normas e instituciones integradoras de un sistema jurídico. Si ello es así, todas las disposiciones normativas tienen que ser coherentes con la Constitución. Sin embargo, la seguridad jurídica se vulnera por la norma en comento, dado que esta disposición normativa, no es una ley manifiesta. Para que sea una *lege manifesta*, esta debe ser clara, lo cual es un requisito indispensable de la seguridad jurídica como garantía estructural del derecho; ello quiere decir, que no se induzca al error por su oscuridad; por cuanto, la *lege manifesta*, tiene “la necesidad de que de que las normas pueden ser comprensibles y eludan las expresiones ambiguas, equivocadas u oscuras, para formular con aquellas leyes *chiara e precise* (claras y precisas)” (Pérez Luño, 1994, p. 32).

Por cuanto, la disposición del Decreto Legislativo N.º 1068, hoy Decreto Legislativo 1326, induce al error por su oscuridad y ambigüedad al incorporar un tercer incluyente como acreedor de la reparación civil. Dado, que “la claridad normativa requiere de una tipificación unívoca de supuestos de hecho que evite, en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados, así como una delimitación precisa de las consecuencias jurídicas” (Pérez Luño, 1994, p. 33). Ello quiere decir, que al no ser una ley clara y precisa y

teniendo en cuenta el principio de omnipotencia judicial el Juez es el encargado de interpretar la norma en comento, teniendo en cuenta los derechos fundamentales, lo cual es un deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Const.), interpretando los principios para evitar la excesiva discrecionalidad de los órganos encargados de la aplicación del derecho. Además, es necesario agregar que el deber del Estado de proteger los derechos fundamentales posee un deber primordial, dado que posee un doble contenido jurídico-constitucional o doble carácter de derechos fundamentales; teniendo una dimensión subjetiva y una objetiva. En la primera los derechos fundamentales, constituye derechos subjetivos inherentes a todo justiciable; en cambio, en el objetivo, poseen instituciones objetivas que comportan determinados valores superiores que informan todo el ordenamiento jurídico. Ello implica, que el doble carácter de los derechos fundamentales obliga al Estado a velar por la vigencia de los derechos fundamentales, en su dimensión personal, como en su dimensión institucional.

Por ello, se vulnera la seguridad jurídica, al no ser una norma clara y precisa y que evite en lo posible, el abuso de conceptos vagos e indeterminados.

- b. Además, la seguridad jurídica se vulnera la corrección funcional del Estado de derecho**, por los operadores jurídicos legalistas, con ello vulnera la tutela jurisdiccional en este caso de la entidad agraviada. Dado que la tutela es una garantía que comporta el cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios y regularidad de

actuación de los órganos encargados de su aplicación. Vale decir, que los órganos de control deben cumplir su función de velar por los derechos de los justiciables; sin embargo, en el presente trabajo la seguridad jurídica se vulnera, la dimensión funcional del derecho dado que la seguridad enlaza con el principio de eficacia del derecho. Ello implica, la transparencia del sistema normativo, que es un presupuesto básico de la certeza del derecho, lo cual se ve suplantada por su creciente opacidad e inescrutabilidad. Por lo tanto, se vulnera, porque algunos operadores de justicia distorsionan la actuación de la administración pública, referentes a los delitos de corrupción bajo el Decreto Legislativo N.º 1068, hoy Decreto Legislativo N.º 1326, dado que los operadores de justicia solo aplican la norma bajo la lógica deóntica, con ello vulneran la tutela de la entidad agraviada. Por cuanto, la falta de tutela judicial efectiva supone una quiebra de la seguridad jurídica funcional, en cuanto que implica agotar las garantías del derecho y obtener una decisión fundada en derecho.

Por ello, los operadores de justicia vulneran la seguridad jurídica, por aplicación literal de la norma legislativa y con ello la tutela judicial de la entidad agraviada se ve resquebrajada, dado que ya no es una tutela total sino una tutela parcial, por cuanto, la seguridad está basado en la certeza del derecho. Ello “comporta la garantía de cumplimiento del derecho por todos sus destinatarios y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación” (Pérez Luño, 1994, p. 35). Por lo que, la garantía de la seguridad jurídica se vulnera por el funcionamiento irregular o el incumplimiento sistemático de las

normas, o sea la falta de eficacia del ordenamiento jurídico, lo cual conducen a la quiebra de la seguridad; pues, las leyes deben ser eficaces. En efecto, si una norma está bien creada la mayoría de los ciudadanos la obedecen.

La norma constitucional, consagra como una exigencia básica el aspecto funcional de la seguridad jurídica, el postulado de que: los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Por cuanto, el alcance de la seguridad jurídica supone la realización plena de las garantías y los valores del Estado de derecho. Por último, en el texto constitucional la seguridad jurídica aparece como valor, principio y derecho fundamental, de manera implícita en los artículos 138 y 139 de la Const., porque incluyen un catálogo de derechos fundamentales donde se les invoca como garantía de los justiciables. Por cuanto, la seguridad también “es un principio conocido en el área del derecho, que representa la certeza del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el denominado poder público” (López Oliva, 2011, p. 123).

En síntesis, si el Neoconstitucionalismo concibe la garantía de los justiciables en un proceso penal dado que se enmarca dentro del Estado de Derecho y tiene como eje principal la protección de los derechos fundamentales y el valor justicia; ello implica, la protección de la víctima a través de los órganos encargados del control de la administración pública, teniendo en cuenta la constitución y los principios ante una norma vulnerativa de derechos. Por ello, la

seguridad jurídica es un valor jurídico íntimamente vinculado al modelo de legitimación política que representa el Estado de derecho, vale decir, que tenemos que buscar es justicia, pero al mismo tiempo debemos mantener la seguridad jurídica que no es más que un aspecto de la misma justicia y reconstruir un estado de derecho que satisfaga a ambas ideas en la medida posible. (Pérez Luño, 1994) Sin embargo, la seguridad jurídica se vulnera porque la norma de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068, ahora numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, no es una norma manifiesta, es decir no es clara respecto a la reparación civil, vulnerando la garantía de corrección estructural de la seguridad. Además, se vulnera la corrección funcional de la seguridad, por cuanto los operadores de control social aplican de manera literal la norma y con ello vulneran la tutela judicial efectiva de la víctima, por la falta de eficacia de la de la norma, lo cual conducen a la quiebra de la seguridad. Con lo descrito líneas arriba se confirma la última categoría de la hipótesis planteada.

CAPITULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA DE MODIFICACIÓN DEL NUMERAL 47.2 DEL ARTICULO 47 DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1326

Por los fundamentos filosóficos-jurídicos que han sido desarrollados en las secciones anteriores, asentados en un Estado constitucional de derecho. Mediante el cual se determina cómo se desnaturaliza la reparación civil y por ende la vulneración del principio de la íntegra reparación del agraviado, por aplicación del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, por otorgarle el 50% de la reparación civil a un destinatario diferente del titular, generando además un conflicto de normas; por cuanto, una norma (art. 98 del CPP), es “conforme” a la Constitución, porque tutela la totalidad de la reparación para la víctima; en cambio, la otra (numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326), autoriza la repartición de dicha reparación a un tercer incluyente que no es la víctima.

Ante lo dicho anterior, se plantea a modo de una modificación legislativa, el numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, respecto a la reparación civil. Para tal efecto, se usará una fuente de letra que pueda distinguir la propuesta de modificación legislativa de la legislación original.

4.1. PROYECTO DE LEY

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA NUMERAL 47.2 DEL ARTICULO 47 DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1326

Amparándome en el artículo 107 de la Constitución Política del Estado, en la que establece: “El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes”; concordante, con el artículo 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, respecto a los

requisitos y presentación de las proposiciones, siendo ello así, a iniciativa del que suscribe presenta la siguiente propuesta de modificación legislativa:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

HA DADO LA LEY SIGUIENTE:

PROYECTO DE LEY

LEY QUE MODIFICA EL NUMERAL 47.2 DEL ARTICULO 47 DEL

DECRETO LEGISLATIVO N.º 1326

Artículo 1º.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene como objetivo principal la modificación del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 47.- Reparación civil

47.2 La reparación civil que deba pagarse a favor del Estado, en casos donde no pueda determinarse la entidad agraviada, el 50% es destinado al Tesoro Público y el otro 50% se destina al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La reparación civil, que comprende la restitución del bien y la indemnización por los daños y perjuicios que deba pagarse a favor del Estado, en casos de procesos seguidos sobre delitos de corrupción, se pagará lo íntegro de la restitución a favor de la entidad agraviada y 50% de la indemnización a favor de la entidad agraviada y 50% a favor del Ministerio de Justicia.

Artículo 2º.- Ámbito de Aplicación

En los delitos de corrupción, en la cual se aplica numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, respecto a la reparación civil.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Omnipresencia Constitucional

La Constitución es el orden jurídico fundamental de la comunidad; por cuanto, fija los principios rectores con arreglo a los cuales se deben formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. (Hesse, 1992) Ello implica, que es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación próxima o remota en el texto constitucional, cabe decir, que detrás de cada precepto legal se prevé siempre una norma constitucional que lo confirma o lo contradice. Zagrebelsky, refiere que “la ley en otro tiempo fue la medida de todas las cosas en el campo del Derecho, y que en la actualidad cede el paso a la Constitución, convirtiéndose ella misma en objeto de mediación” (1987, p. 123).

Si bien la Constitución, es una norma política en la medida en que organiza y limita el ejercicio de poder, es también y fundamentalmente una norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos y para los propios particulares. Ello solo es posible, gracias “a la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria” (Prieto Sanchis, 2003, p. 117).

En ese sentido, es necesario que la Constitución esté presente en todo el sistema jurídico con la única finalidad de proteger derechos de los justiciables. En este caso, también es necesario la interpretación conforme de las leyes, considerando que la norma regla no solo tiene una sola interpretación, sino varias, tales como sucede con la reparación civil en los delitos de corrupción prescrito en el numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto

Legislativo N.º 1326, que no requiere de una interpretación literal, sino extensiva, dado que mediante la interpretación literal desnaturaliza la función de las normas de la reparación civil, por ser una norma autoritativa provenientes del Poder Legislativo al incluir un destinatario de la reparación distinto al que no es la víctima, poniendo en desventaja de *infra-reparación* con relación a la verdadera víctima; en cambio, con la interpretación extensiva, esta norma Legislativa, es injusta; por cuanto, la reparación le corresponde a aquel que verdaderamente sufrió las consecuencias del delito y por lo tanto necesita lo íntegro de la reparación.

Omnipotencia Judicial

La omnipresencia de la Constitución y la omnipotencia judicial, son dos principios elementales en un Estado constitucional de Derecho. La omnipotencia judicial, no infiere en la función de los legisladores, por el contrario, el Juez debe tener muy presente el concepto de separación de poderes que, desde Montesquieu, traduce una idea de equilibrio razonable entre los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Sin embargo, el Juez en un Estado democrático constitucional, es el encargado de frenar los excesos del Legislador, cuando este considere que la norma aplicable al caso concreto es injusta o vulnera derechos fundamentales.

Así, el artículo 138 de la Norma Fundamental establece que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Ello implica, que el único en inaplicar la norma vulnerativa de derechos es el Juez, teniendo como punto de partida el principio argumentativo de la Constitución; pues, este principio constituye uno de los pilares básicos del

Estado de Derecho, al establecer la categoría de las leyes, enunciando la primacía de la norma constitucional sobre toda norma legal.

Reparación integral de la víctima

La reparación es el conjunto de medidas orientadas a restablecer los derechos de la víctima, lo cual tiene una pretensión de reversibilidad, amparado en el principio *restitutio in integrum* que plantea que el perjudicado debe ser indemnizado de forma total; ello implica, que la víctima debe ser restituido a la situación anterior a la ocurrencia del hecho que le causó el daño; en efecto, lo que se trata, es que al perjudicado le sea reparada la totalidad del daño por él padecido, en la medida en que dicho daño haya resultado imputable a un tercero. Ahora bien, para que ello suceda es preciso que se cumplan dos condiciones: en primer lugar, la reparación debe comprender todo el daño resarcible y no solamente una parte del mismo; y, en segundo lugar, esa reparación debe limitarse estrictamente al daño efectivamente producido, sin que pueda excederlo o superarlo, para no comportar un enriquecimiento injusto a favor del sujeto perjudicado. En definitiva, “la reparación ha de encontrar el justo equilibrio entre la *infra-compensación* y el enriquecimiento injusto del perjudicado” (Naveira Zarra, 2004, p. 162).

Contenido de la reparación civil

El artículo 93 del Código Penal establece que 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. Ello implica, que la víctima debe solicitar la restitución del bien e indemnización por los daños acaecidos dentro de su esfera patrimonial o extrapatrimonial. *Per se*, se infiere que la

reparación civil se construyó pensando preferentemente en la víctima, en efecto, puede ser este una persona natural o jurídica afectada por un acto ilícito y que tiene la potestad de solicitar lo íntegro de la reparación por el daño ocasionado.

El Código Procesal Penal en el artículo 94 numeral 1) nos da una definición de forma general quien es considerado agraviado en sentido amplio, y refiere que agraviado es lo mismo que víctima, que actor civil y querellante particular, por cuanto se puede apreciar que el Código Procesal Penal, tiene un concepto más amplio al llamarle agraviado quien es considerada la víctima, y establece que: “se considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo. (...)”.

Este texto legal, establece de manera general, quien es el beneficiario de la reparación civil y refiere “todo aquel” que fue ofendido por el delito y sus consecuencias. Por cuanto, el que tiene que reclamar la reparación íntegra es el agraviado, así lo establece el artículo 98 del mismo cuerpo de leyes, que “La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercitada por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y, en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito.

Ello implica, si una Institución sufre un desfalco patrimonial por un servidor o funcionario público a quien se le encargo la custodia de sus bienes y la correcta administración pública; esta institución es la afectada por el accionar ilícito del funcionario o servidor público, constituyéndose así en la parte agraviada; por lo que, al haber sido afectada dicha Institución por un servidor

o funcionario público, esta debe ser restituida en su totalidad, dado que es la directamente ofendida por la acción ilícita; por ello, le corresponde reclamar lo íntegro de la reparación; sin embargo, aparece el numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, que incluye como destinatario de la reparación civil al Ministerio de Justicia, *por infracomprensión* de la norma legal, generando con ello el conflicto normativo con la norma procesal penal, vulnerando el principio de íntegra reparación del agraviado y desnaturalizando la verdadera naturaleza de la reparación civil.

Por consiguiente, la norma regla del numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, no solo desnaturaliza la verdadera naturaleza de la reparación civil, sino que también vulnera las normas que rigen la función de la reparación civil y la seguridad jurídica al incluir un tercer interviniente dentro del proceso; pues, el Ministerio de Justicia no solo tendrá que recibir la indemnización por los daños y perjuicios, sino también la restitución del bien, *por infracomprensión* de las normas de la reparación civil, generando una *infrareparación* con relación a la verdadera víctima del delito.

Por lo tanto, se advierte la necesidad de modificar el numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, con la única finalidad de no poner en desventaja de *infrareparación* de la verdadera víctima, de esta manera permitirá restituir la reparación integral en favor de la verdadera víctima. En efecto, la propuesta es que la indemnización sea repartida, mas no la restitución del bien, entre la entidad agraviada y el Ministerio de Justicia, pues se debe tener en cuenta el mecanismo funcional de las normas que rigen la reparación civil.

EFFECTO DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta Legislativa propone modificar el numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1326, con el objetivo de proteger la restitución integral en favor de la parte agraviada en caso de delitos de corrupción, así como determinar la indemnización que deberá establecerse entre la entidad agraviada y el Ministerio de Justicia, con la única finalidad de no desnaturalizar la función de las normas que rigen la reparación civil, mediante el cual permitirá orientar los criterios objetivos que deben asumir los órganos de control público para la protección de la víctima que sufrió el acción ilícita.

ANALISIS DE COSTO BENEFICIO

La presente propuesta legislativa no irroga gastos para el Estado; por el contrario, permitirá esclarecer la incertidumbre respecto de la reparación civil, en los delitos de corrupción, que se desnaturaliza al tener como destinatario al Ministerio de Justicia que solicita el 50% de la reparación, lo cual ayudará a garantizar de manera objetiva la no vulneración del principio integral de la víctima.

Cajamarca, agosto de 2020.

CONCLUSIONES

1. Existe vulneración al principio de íntegra reparación del agraviado por aplicación del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy Decreto Legislativo N.º1326), por cuanto la víctima del hecho no es reparada íntegramente dentro de los parámetros jurídicos y principios rectores que lo sustentan, si no que el 50% de la reparación civil tiene como destinatario al Ministerio de Justicia que no es la parte ofendida por el delito, desnaturalizando con ello la función de las normas que rigen la reparación civil.
2. La aplicación de la norma regla de la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del D.Leg.1326) transgrede la verdadera naturaleza de la reparación civil al tener como destinatario al Ministerio de Justicia, por cuanto su aplicación le otorga una reparación en los delitos de corrupción, colocando en situación de *infra-reparación* con relación a la verdadera víctima, ya que la reparación civil fue creada eminentemente pensando en la víctima, que es el titular del resarcimiento del bien, por lo tanto le corresponde reclamar lo íntegro del daño causado.
3. Hay vulneración del principio de proporcionalidad por cuanto la reparación civil dispuesta en la norma regla de la tercera disposición complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del D.Leg. 1326), permite la afectación de un derecho fundamental, al incluir como destinatario de la reparación al Ministerio de Justicia al ser un tercero no interviniente en el proceso que pretende la reparación, sin haber sido afectado dentro de su esfera patrimonial, desnaturalizando con ello la verdadera naturaleza de la reparación civil.

4. La Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del Decreto Legislativo 1326) constituye una norma regla vulnerativa del principio de razonabilidad, por cuanto si bien mantiene una validez prima facie, resulta contradictoria en el ámbito de la pretensión de corrección, dado que extiende la reparación a un destinatario que no es la víctima directa.
5. De la interpretación concordante del artículo 98 del Código Procesal Penal con la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (actualmente numeral 47.2 del artículo 47 del D.Leg.1326), se determina un conflicto normativo, ya que, la norma del Código Procesal Penal establece que la acción reparatoria tiene que ser reclamada eminentemente por quien sufrió la acción ilícita, con ello esta norma si garantiza el principio de la integra reparación de la víctima; en cambio, la Tercera Disposición Complementaria privilegia la reparación a un destinatario que no sufrió la acción ilícita del delito.
6. Existe vulneración a la seguridad jurídica dado que esta tiene como una de sus finalidades la protección de la víctima, por cuanto con la aplicación de la norma regla de la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (hoy numeral 47.2 del Decreto Legislativo 1326), el Poder Legislativo desnaturaliza la institución jurídica de la reparación civil y genera un desamparo en la víctima, pues, habilita la distribución no solo de la restitución del bien, sino también la indemnización por los daños y perjuicios, generando una incertidumbre de desazón en la parte agraviada.

RECOMENDACIONES

1. Recomendar a los Congresistas de la República la modificación de la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N.º 1068 (actualmente el artículo 47 numeral 47.2 del Decreto Legislativo N.º 1326), en el aspecto procesal en el sentido de que solo la indemnización debería ser 50 % para el Ministerio de Justicia y 50% para la entidad agraviada, mas no la restitución del bien.
2. Recomendar a los órganos de control de la administración pública entre ellos el Ministerio Publico, que al momento de solicitar la reparación en los delitos de corrupción bajo el Decreto Legislativo N.º 1326 en favor de la víctima, se lo hagan con la debida motivación y argumentación en base a las normas que rigen la reparación civil y la responsabilidad civil, con la finalidad de proteger a la verdadera víctima que sufre la acción ilícita provenientes del delito.

LISTA DE REFERENCIAS

- Aguiló Regla, J. (1989). *Sobre la Constitución del Estado Constitucional*. Alicante: DOXA.
- Aguiló Regla, J. (2007). *Positivismo y Postpositivismo*. España-Alicante: Doxa.
- Aguiló Regla, J. (2008). *Sobre Derecho y Argumentación*. Mallorca.
- Alchourrón, C. (1981). *Los Desarrollos de la Lógica Deónica*. Argentina.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. España- Madrid: Fareso S.A.
- Alexy, R. (2003). *Sobre el Balanceo y la Subsunción. Una Comparación Estructural*.
- Alexy, R. (2013). *El No Positivismo Incluyente*. Alemania: Doxa.
- Arévalo Infante, E. C. (2017). La Reparación Civil en el Ordenamiento Jurídico Nacional. *Revista Jurídica Científica SSIAS*, 1-7.
- Arrázola Jaramillo, F. (2014). El Concepto de Seguridad Jurídica, Elementos y Amenazas Ante la Crisis de la Ley como Fuente del Derecho. *Revista de Derecho Público* Nº 32, 11.
- Atienza, M. (1993). *Tras la Justicia*. Barcelona.
- Atienza, M. (2007). *Introducción al Derecho*. México: Distribuciones Fontamara.
- Atienza, M. (2011). *Argumentación y Constitución*. España.
- Bäcker, C. (2014). *Reglas, Principios y Derrotabilidad*. Alemania: DOXA.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: Los Derechos Fundamentales y sus Restricciones*. Lima: Palestra Editores.

- Basedow, J. (1998). La Seguridad Jurídica en el Derecho Económico Europeo. Un Principio Jurídico General a la Luz de la Jurisprudencia en Materia de Derecho de la Competencia. *Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 289.
- Bidart Campos, G. J. (2008). *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires.
- Bobbio, N. (1991). *Teoría General del Derecho*. Madrid.
- Bolás Alfonso, J. (1993). *La Documentación Pública Como Factor de Certeza y Protección de los Derechos Subjetivos en el Tráfico Mercantil. En La Seguridad Jurídica y el Tráfico Mercantil*. Madrid: Civitas S.A.
- Brewer-Carías, A. R. (2008). El Juez Constitucional vs la Supremacía Constitucional. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. N° 9, 17.
- Bringas, L. G. (2009). Aspectos Fundamentales del Resarcimiento Económico del Daño Causado por el Delito. *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 1-23.
- Bustamante Alsina, J. (1993). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Cabra Apalategui, J. M. (2016). Antinomias Constitucionales. *Universidad de Málaga. Campus de Excelencia Andalucía Tech*, 6.
- Calsamiglia Blancafort, A. (2005). *Postpositivismo*. España-Alicante: DOXA.
- Canale, D. (2012). Teoría de la Interpretación Jurídica y Teoría del Significado. *DISCUSIONES XI*, 135-165.
- Castañeda Otsu, S. Y. (2013). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

- Castillo Córdova, L. (2004). *El Principio de Proporcionalidad en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Especial Referencia al Ámbito Penal*. Trujillo.
- Cazau, P. (2006). *Introducción a la Investigación en Ciencias Sociales*. Buenos Aires-Argentina.
- Chanamé Orbe, R., & Verástegui Gastelú, A. (2013). *La Constitución Comentada*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Comanducci, P. (1998). PRINCIPIOS JURÍDICOS E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO. *DOXA*, 89-104.
- Correas, O. (2011). *Eficacia del Derecho, Efectividad de las Normas y Hegemonía Política*. México.
- Daniels Rodríguez, M. C. (2011). *Metodología de la Investigación Jurídica*. México.
- De Silva Gutiérrez, G. (2009). La Norma Válida. Análisis Sobre la Validez de las Normas Jurídicas. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 117-132.
- De Trazegnies Granda, F. (2001). *La Indemnización*. Lima: PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ-FONDO EDITORIAL 2001 .
- Del Hierro, J. L. (2013). Legitimidad y Legalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 179-186.
- Díaz, E. (1984). De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular. *Revista De Las Cortes Generales*.
- Díaz, E. (1990). *Ética Contra Política. Los Intelectuales y el Poder*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Domínguez Águila, R. (2010). Los Límites al Principio de Reparación Integral. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 10.
- Duque Sandoval, O. (2007). Concepciones del Derecho y Discrecionalidad Judicial. *CRITERIO JURÍDICO*, 59-106.
- Dworkin, R. (1984). *Los Derechos en Serio*. Barcelona.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2010). *Conflicto Normativo e Interpretación Jurídica*. México.
- Fernández cruz, G. (2005). De la Culpa Ética a la Responsabilidad Subjetiva: ¿El Mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). *THEMIS* 50, 237-272.
- Fernández Sessarego, C. (1996). El Daño al Proyecto de Vida. *DIKE-Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica*, 1-36.
- Ferrajoli, L. (2002). Juspositivismo Crítico y Democracia Constitucional. *Isonomía* N° 16, 7.
- Fioravanti, M. (2000). *Los Derechos Fundamentales. Apuntes de Historia de las Constituciones*. Madrid: Trotta.
- Flores Galindo, M. d. (2006). *Falibilismo y Razonabilidad en la Filosofía de la Ciencia y en la Hermenéutica Filosófica*. México.
- Gálvez Villegas, T. A. (2006). *La Reparación Civil en el Proceso Penal*. Lima: IDEMSA.
- Gálvez Villegas, T. A. (2008). *Responsabilidad Civil Extracontractual y Delito*. Lima.
- García Cavero, P. (2007). *Derecho Penal económico. Tomo II*. Lima: Grijley.

- García De Enterría, E. (1984). *Reflexiones Sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*. Madrid.
- García Manrique, R. (2012). *El Valor de la Seguridad Jurídica*. Madrid: Iustel.
- Gómez Díaz De León, C., y De León De La Garza, E. A. (2014). *Método Comparativo*. México.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de Teoría Constitucional*. México: Fontamara, S.A.
- Habermas, J. (1981). *La Reconstrucción del Materialismo Histórico, Trad. J.N. Muñiz y R.G. Cotarelo*. Madrid: Taurus.
- Henaó Pérez, J. C. (1998). *El daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., y Baptista Lucio, M. D. (2010). *Metodología De La Investigación*. México: Mc Graw Hill.
- Hernández Terán, M. (2004). *Seguridad Jurídica Análisis, Doctrina y Jurisprudencia*. Guayaquil: Edino.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid.
- Innerarity, D. (1986). La Teoría Discursiva de la Legitimidad de JÜRGEN HABERMAS. *Persona y Derecho*, 254.
- Islas Montes, R. (2011). Principios Jurídicos. *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*, 397- 412.
- Kant, I. (2003). *Crítica de la Razón Pura*. Buenos Aires: Losada S.A.
- Legaz Lacambra, L. (1958). Legalidad y Legitimidad. *Revista de Estudios Políticos*, 5-23.
- Loewenstein, K. (1986). *Teoría de la Constitución*. Barcelona.

- López Bello, H. (2010). *Hermenéutica e Interpretación Jurídica*. México.
- López Hernández, J. (2009). El Concepto de Legitimidad en Perspectiva Histórica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (CEFD)*, 153-166.
- López Oliva, J. O. (2011). La Consagración del Principio de Seguridad Jurídica como Consecuencia de la Revolución Francesa de 1789. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 121-134.
- Lösing, N. (2002). *Estado de Derecho, Seguridad Jurídica Y Desarrollo Económico*. Madrid.
- Lozada, A. (2016). *El Postpositivismo de la Optimización: Sobre el Concepto de Principio Jurídico de R. Alexy*. Alicante: DOXA.
- Maier, J. (1999). *Derecho procesal penal*. Argentina: Editores del Puerto.
- Manzanares Campos, M. (2008). *Criterios Para Valorar el Quantum Indemnizatorio en la Responsabilidad civil Extracontractual*. Lima: Jurídica Grijley.
- Marín Castán, M. L. (2016). Activismo Judicial y Paradigma Neoconstitucional: Algunas Reflexiones. *La Albolafia: Revista de Humanidades y Cultura*, 112.
- Martí, J. L. (2006). *La República Deliberativa. Una Teoría de la Democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Martínez Zorrilla, D. (2015). *Conflictos Normativos*. México.
- Montes Penades, V. (1996). *Comentarios al Código Penal de 1995*. Valencia: COBO DEL ROSAL.
- Moreso, J. J., y Navarro, P. E. (2005). *Bivalencia, Antinomias y Contradicciones*. Alicante: DOXA.

- Navarro Fallas, R. A. (1998). Los Principios Jurídicos. Estructura, Caracteres y Aplicación en el Derecho Costarricense. *Ivstitia*, 1-21.
- Naveira Zarra, M. M. (2004). *El Resarcimiento del Daño en la Responsabilidad Extracontractual*. Coruña.
- Ospina Rendón, J. C. (2014). *Neoconstitucionalismo y Constitucionalización del Derecho*. Colombia.
- Osterling Parodi, F. (2007). *La Indemnización de Daños y Perjuicios*. Lima: GRIJLEY.
- Pajares Bazán, S. (2007). La Reparación Civil en el Perú. *Derecho General*, 1-12.
- Peña Cabrera Freyre, A. (2013). *Estudios Sobre Derecho Penal y Procesal Penal*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica S.A.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2014). *La Naturaleza Jurídica Civil de la Reparación Civil en la Vía Criminal y su Insostenible Carácter Accesorio en el Proceso Penal*. Lima.
- Pérez Bermejo, J. M. (2006). *Coherencia y Sistema Jurídico*. Madrid-España: Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- Pérez Luño, A. E. (1994). *La Seguridad Jurídica*. Barcelona.
- Peyrano, J. W. (1997). La Seguridad Jurídica y el Efectivo Reconocimiento de Derechos: Valores de la Escala Axiológica del Proceso Civil. *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº 1, 215.
- Picado Vargas, C. A. (2013). *Los Valores y La Interpretación Material, Sistemática y Evolutiva De La Constitución y Los Derechos Humanos a La Luz Del Tridimensionalismo Jurídico*. Colombia.

- Portalis, J. É. (1997). *Discurso Preliminar al Código Civil Francés*. Madrid: Civitas S.A.
- Prado Saldarriaga, V. (2000). *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Lima-Perú: Gaceta Jurídica.
- Prieto Sanchís, L. (2002). *Observaciones Sobre las Antinomias*. España.
- Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Puente Moral, M. (2016). *El Neoconstitucionalismo: ¿Una Corriente Doctrinal Impulsora del Activismo Judicial?* Burgos-España.
- Quintero Olivares, G. (1996). *Comentarios al Nuevo Código Penal*. Pamplona.
- Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rivera Cervantes, F. (2018). La Seguridad Jurídica y la Constitución Peruana Pública. *Suplemento de Análisis Legal del Peruano*.
- Rodilla González, M. Á. (2009). *Unidad Lógica o Dinámica Coherencia y Sistema Jurídico en Kelsen*. Salamanca: DOXA.
- Rodríguez Serpa, F. A. (2014). La Investigación Jurídica Básica y la Investigación Jurídica Aplicada. *Justicia de la Universidad Simón Bolívar*, 11.
- Rodríguez, A. A. (1983). *La Responsabilidad Extrancontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago.
- Rosas Alcántara, J. (2015). *EL Derecho Constitucional y Procesal Constitucional en sus Conceptos Claves*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Ross, A. (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia, Trad. de G. Carrió*. Buenos Aires.

- Ruiz Molleda, j. C. (2009). Estado Constitucional de Derecho, Democracia y Descentralización. *Capacity Building International Germany*, 4.
- Sandoval Garrido, D. A. (2013). Reparación Integral y Responsabilidad Civil: El Concepto de Reparación Integral y su Vigencia. *Revista de Derecho Privado Nº 25*, 240.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: GRIJLEY.
- Taboada Córdova, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil. 3ra Edición*. Lima: Grijley.
- Tantaleán Odar, R. M. (2015). El Alcance de las Investigaciones Jurídicas. *Derecho y Cambio Social*, 16.
- Tantaleán Odar, R. M. (2016). *Topología De Las Investigaciones Jurídicas*. Cajamarca: ISSN:2224-4131.
- Taveras Marte, L. A. (2015). Justicia, Validez y Eficacia: Dimensiones del Derecho.
- Torremocha Jiménez, M. A. (1791). *Constitución Francesa*.
- Umansky, S. N. (2016). Funciones de la Responsabilidad Civil: Cambio de Paradigmas en el Sistema de Derecho. *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas*, 107-128.
- Vega, J. (2018). *Límites de la Jurisdicción, Concepciones del Derecho y Activismo Judicial*. Alicante: DOXA.
- Vergara, L. (2011). La Multa Civil. Finalidad de Prevención. Condiciones de Aplicación en la Legislación Argentina. *Derecho de Daños*, 112.
- Villegas Paiva, E. (2013). *El Agraviado y la Reparación Civil en el Nuevo Código Procesal Penal*. Lima- Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Weber, M. (2002). *Economía y sociedad: Esbozo de Sociología Comprensiva*.

México: FONDO DE CULTURA ECONÓMICA DE ESPAÑA S.L.

Zagrebelsky, G. (2002). *El Derecho Dúctil*. Madrid.

Zavala Egas, J. (2012). *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Ecuador.

Zorzetto, S. (2010). *La Norma Speciale*.