



PERÚ

Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos

MANUAL DE CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL MONTO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN

Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial

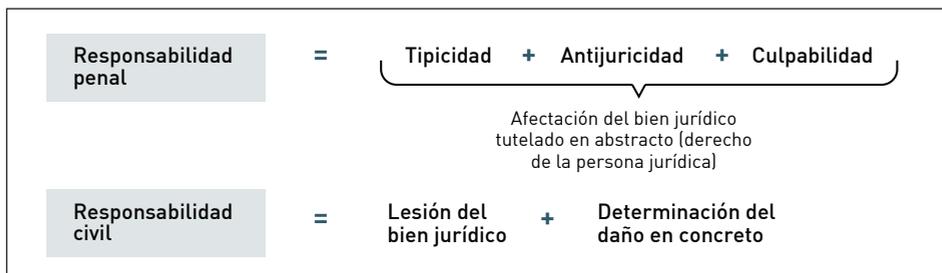
PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

3. La responsabilidad civil por daño al Estado derivado de los delitos de corrupción

En el presente capítulo se presentan los elementos que configuran la responsabilidad civil, así como el tipo de daños al Estado y de responsabilidad que se genera en los delitos de corrupción.

3.1. Diferencias entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil de la persona jurídica

Lo primero que se debe tomar en consideración al hablar de responsabilidad civil, es que esta difiere sustancialmente de la responsabilidad penal. En la responsabilidad penal, el papel que cumplen los bienes jurídicos tutelados es dogmático, pues para que se proceda a imponer la sanción correspondiente, solo se verifica que una acción cumpla con la tipicidad subjetiva y objetiva, que sea antijurídica y culpable. Por el contrario, en el caso de la responsabilidad civil, los bienes protegidos (derechos de la personalidad) no cumplen solamente un rol valorativo o de fundamento, sino que pasan a incorporarse dentro del análisis de la propia determinación de responsabilidad en la medida en que para imponer una tutela resarcitoria se hace necesaria tanto la verificación de la vulneración del derecho mismo como la corroboración de un daño cierto. En tal sentido, **la regla en la responsabilidad civil es que sin daño subsistente, cierto, injusto y específico no existe responsabilidad civil por más que se haya podido desarrollar un evento lesivo.**



Elaboración propia

Esta necesidad de la prueba del daño está vinculada con el principio de atipicidad de la responsabilidad civil (claramente contrapuesto al principio de tipicidad de la responsabilidad penal). Tal principio indica que en el ámbito civil no hay una enumeración taxativa de ante qué tipo de conductas procede la tutela resarcitoria. Por el contrario, quien comete el daño responde por toda conducta que haya generado un daño no autorizado por el ordenamiento.

A partir de lo señalado, es importante recordar que **los bienes jurídicos que protege la responsabilidad penal no deben confundirse con los daños concretos generados mediante la vulneración de determinados derechos de la personalidad en el caso de la responsabilidad civil.** Si bien es cierto que en los delitos de corrupción se vulneran bienes jurídicos referidos a la correcta Administración Pública, al momento de analizar la responsabilidad civil, el examen se limitará a la evaluación de los daños producidos en concreto. En el caso de los delitos de corrupción, estos se traducen en un ilícito civil que claramente lesiona el derecho a la identidad y, en específico, a la

institucionalidad del Estado. Sin embargo, como hemos señalado, es posible que tales delitos afecten, además de la identidad, otros derechos.

3.2. Elementos de la responsabilidad civil

Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil son:

- a. **La imputabilidad:** Es entendida como la **capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona**. Es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona²². En el caso de las personas jurídicas el parámetro de imputabilidad se da en tanto sujetos de derecho. Estas tienen capacidad de goce y de ejercicio y dentro de esta última está comprendida su capacidad para ser responsable por los daños que causen a través de los titulares de sus órganos, sus representantes o sus dependientes.
- b. **La ilicitud o antijuridicidad:** Se refiere a la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico. Es importante que este concepto no sea confundido con el concepto de legalidad. Esta última «significa, en el sentido más amplio y general, existencia de leyes y sometimiento a las mismas de los actos de quienes les están sometidos»²³. La licitud, en cambio, es la conformidad con los valores jurídicos, entre ellos y en primer orden, la justicia. Es por ello que existe una afinidad conceptual entre licitud y acto conforme al valor justicia (vale decir, justo). En otras palabras, se podría decir, que legalidad es la conformidad con la ley, mientras que la licitud es la conformidad con la justicia, entendida como «la expresión unitaria e integrante de todos los valores de la convivencia, [que] presupone el valor trascendental de la persona humana y representa, a su vez, el presupuesto de todo el orden jurídico»²⁴. La ilicitud, puede encontrarse tipificada, como en el caso de la responsabilidad contractual, o estar regida bajo el principio de la atipicidad, como la responsabilidad extra-contractual (con la cláusula abierta contenida en el artículo 1969 del Código Civil). También se pueden encontrar supuestos tipificados de la responsabilidad extra-contractual²⁵.
- c. **El factor de atribución:** Es el supuesto que justifica la atribución de responsabilidad al sujeto. Este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, Existen factores de atribución subjetivos: la culpa y el dolo; así como objetivos: realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera ilícitas, el abuso del derecho y la equidad.

22 Hay un sector de la doctrina que se refiere a la capacidad extra-contractual, entendiendo como tal a “la idoneidad para ser sujetos activos de responsabilidad civil. Tal capacidad compete a las personas físicas y a los entes dotados de subjetividad jurídica” (Massimo BIANCA, *Diritto Civile*, 5, La Responsabilità, Giuffrè, Milano, 1994, 631). En sentido contrario, quien afirma que la imputabilidad es un fenómeno “propio sólo de la persona física, mientras no lo es de la persona jurídica o de los entes de hecho, respecto a los cuales puede haber relevancia con el único efecto de comprobar el concurso de la responsabilidad por parte de quien ha actuado en su nombre” (Massimo FRANZONI, *op. cit.*, 319).

23 Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 5a edición, Bosch, Barcelona, 1979, 598.

24 Miguel REALE, *Filosofía del Derecho. Introducción filosófica general*, traducido por Ángel HERREROS SANCHEZ y revisado por Jaime BRUFAU PRATS, Pirámide, Madrid, 1979, 226. El autor afirma que «el bien considerado como valor social es a lo que denominamos propiamente como lo justo y constituye el valor fundante del Derecho» (*op. cit.*).

25 Artículos 1970, 1974, 1975, 1976, 1979, 1980, 1981 del Código Civil, entre otros.

- **La culpa**²⁶: La culpa debe ser entendida como una ruptura o contravención a un estándar de conducta. No debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo (o una valoración moral) del comportamiento, sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos²⁷. Ahora bien, no siempre la creación de un riesgo estará prohibida y deberá ser calificada como culpable²⁸. Para que la creación del riesgo sea culpable, es necesario que esta tenga cierta relevancia, es decir, que sea suficientemente alta la probabilidad del accidente o suficientemente grave el daño amenazado. En todo caso, la entidad del riesgo se compara con la utilidad social de la actividad a la cual éste se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de éste: cuando más grandes son la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo justificado²⁹.
- **El dolo**³⁰: Es “la voluntad del sujeto de causar el daño”³¹. Está reconocido en el artículo 1318 del Código Civil. Estas precisiones, en muchos casos, de difícil delimitación en la práctica, no varían la solución establecida por el Código Civil, vale decir, que se le atribuye responsabilidad subjetiva al que actúa con dolo o culpa.

Es importante señalar que en cada obligación en particular, primero deberá establecerse el estándar de diligencia para luego determinar si hay responsabilidad (o no) por la inejecución de la obligación. La diligencia³² “es un criterio de responsabilidad frente a

26 La culpa puede ser objetiva, subjetiva u omisiva. La culpa objetiva es aquella que se genera por la violación de las leyes: el ordenamiento determina el parámetro del comportamiento y si el agente no lo cumple, éste es responsable. Esta no debe ser confundida con la responsabilidad objetiva. La culpa subjetiva, por su parte, se basa en las “características personales del agente del daño. Este tipo de culpa engloba a la imprudencia (el sujeto hace más de lo debido) y a la negligencia (el sujeto hace menos de lo que debe). Finalmente, la culpa omisiva busca responsabilizar a una persona por una omisión. Para que ello ocurra previamente debe existir la norma que lo obligue a actuar de una manera determinada. Así, si se incumple dicha norma, se genera la omisión culpable. Asimismo, en la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, se suele diferenciar diversos grados de culpa: culpa grave (artículo 1319 del Código Civil), es el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de las personas; culpa leve (artículo 1320 del Código Civil), es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media; y culpa levisima, cuando no se usa la diligencia propia de las personas excepcionalmente prudentes y cautas. Este supuesto no está regulado en el Código Civil.

27 Cesare SALVI, *La responsabilità Civile*, Giuffrè, Milano, 1998, 110.

28 Pietro TRIMARCHI, *op. cit.*

29 Pietro TRIMARCHI, *op. cit.*, 19-20.

30 En materia penal, se diferencia el dolor directo (cuando el sujeto actúa para provocar el daño) con el dolo eventual (cuando la persona no actúa para dañar, sino que la persona realiza la acción aún cuando existe la posibilidad de un resultado dañino, que ella misma no descarta).

31 Renato SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 640. También se define al dolo como “la previsión y voluntad del daño, por parte del agente, como consecuencia del propio comportamiento” (Cesare SALVI, *voz Responsabilità extracontrattuale (diritto vigente)*, *cit.*, 1223).

32 No se debe confundir la diligencia con la corrección. En la diligencia solo toma en cuenta el comportamiento al que se debe atender. La corrección, por el contrario, toma en cuenta el mismo hacer del contenido”. Sobre este punto, ver Stefano RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, 160. Tampoco debe confundirse la diligencia con la buena fe. La buena fe no establece cómo se debe ejecutar la prestación, sino cómo se debe comportar, en relación a las circunstancias, durante y después de la actuación (o expectativa) de la prestación. En ese sentido, tanto la buena fe como la diligencia son estándares de comportamiento. Ambos estándares de comportamiento son independientes: la buena fe apunta al equilibrio de los intereses de las partes que integran la relación jurídica (justamente: su actuar correcto, sin afectar a la contraparte), mientras que la diligencia se circunscribe al programa negocial, vale decir, a la prestación (o prestaciones)

una prestación ya determinada completamente; presupone un contenido integralmente fijado”³³. La diligencia constituye una calificación de un comportamiento humano, un comportamiento inspirado en el cuidado, la atención, la cautela y en un conjunto de características desarrolladas de manera que el comportamiento humano pueda ser valorizado positivamente. De esta manera, la diligencia es una modalidad de comportamiento a cargo del sujeto, ya determinada. Presupone establecida la extensión de lo que el deudor está obligado a hacer, aunque esta determinación no es fijada con precisión, sino de manera flexible, justo por la naturaleza del concepto de diligencia³⁴.

Un caso de adecuado análisis del estándar de diligencia

La Procuraduría Pública del Gobierno Regional de Ucayali entabló un proceso contra cuatro funcionarios del Gobierno Regional de Ucayali: a) el Gerente Regional de Infraestructura; b) el Sub-Gerente de Obras; c) el Sub-Gerente de Estudios; y d) el proyectista, para que cumplan con el pago solidario de S/ 22,487.56, por irregularidades en la aprobación del expediente técnico.

El Primer Juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo declaró infundada la demanda, afirmando que no se ha acreditado la existencia de ningún daño atribuible a los demandados. Ello porque no se probó que entre las funciones de los demandados se encuentre la función de modificar proyectos; ni que, de forma indebida alguno de ellos, haya modificado el respectivo proyecto sin la debida justificación técnica y legal al inicio de la obra. En ese sentido, señaló que lo hechos no pueden ser atribuibles a los demandados, “sino mas bien a los servidores o funcionarios públicos, que por omisión, en el ejercicio de sus funciones, han modificado el proyecto y han autorizado tales pagos, sin antes haber verificado si correspondía o no hacerlo, conforme a sus funciones previamente establecidas”.

Sin embargo, la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, revocó esta decisión y responsabilizó solidariamente a los demandados por el monto solicitado. Así, la Sala precisó las funciones específicas de cada funcionario según el Informe elaborado por el Órgano de Control Institucional, y verificó que dichas funciones también estuvieran contempladas a nivel institucional en el Manual de Organización y Funciones del Gobierno Regional, y concluyó en la existencia de responsabilidad civil, señalando que:

(...) con motivo de las funciones ejercidas por los emplazados, el Órgano de Control logró determinar la existencia de irregularidades en la aprobación del expediente técnico con planos incompatibles con la libre disponibilidad física del terreno, siendo que tales hechos **derivaron** (con motivo de tal ejercicio) en la **entrega parcial** del terreno (...) y las sucesivas modificaciones de los planos de la Obra, los cuales demuestran plenamente que éstos adolecieron de evidentes deficiencias que culminaron con el perjuicio económico por pago de mayores gastos generales por la suma demandada; pago efectuado a favor del Contratista por parte de la hoy demandante, debido a innegables omisiones de su propio personal técnico, quienes ejercieron sus funciones de forma **inidónea (no adecuaron)** sus conductas a las normas, reglamentos y directivas), lo que causó el daño imputado, configurándose de ese modo lo que se denomina: **responsabilidad civil con ocasión de las funciones**, en este caso respecto a las ejercidas por los demandados, **sin la diligencia ordinaria**, conforme a sus respectivos cargos, por ende, **responsables** de sus conductas probadamente dañosas en las que incurrieron todos los demandados en perjuicio de la entidad accionante, pues si bien la entrega del terreno de modo parcial como tal, con las consecuencias gravosas que ello supuso finalmente a la Administración, como se ha indicado líneas arriba, se trata “**de un hecho extraño a la función**”, esto solo es en principio, pues tal argumentación no resulta razonable, toda vez que dicha responsabilidad civil **en el ámbito público** no se hubiera producido si los demandados, precisamente, no hubiesen tenido la particular situación jurídica de funcionarios públicos con funciones específicas que **rigen** sus conductas, las que debieron cumplir con la diligencia debida, lo que no sucedió, antes bien incurrieron en **culpa inexcusable**.

ya delimitada(s) por las partes. La buena fe y la diligencia si bien son independientes, sirven para evaluar el comportamiento de las partes dentro de la relación jurídica negocial.

33 Stefano RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, 160.

34 Alberto RAVAZZONI, *op. cit.*

Pero el análisis no sólo se centró en lo que establecía el Manual, sino también en el parámetro de diligencia regulado en el Código Civil. Así, señaló:

(..) En consecuencia, habiéndose dilucidado la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil de los demandados frente a la Administración, tales como:

- a. La **antijuridicidad** (viene dada por la Novena Disposición Final de Ley 27785 y acreditada en este caso con el Informe (y sus anexos) donde se precisan los cargos imputados de los demandados, quienes con ocasión del ejercicio de sus funciones incurrieron en la comisión de irregularidades en la aprobación del expediente técnico (...))
- b. La **relación de causalidad adecuada** (es evidente que los demandados con su actuar antes mencionado, generaron (como resultado) el daño económico objeto de la pretensión resarcitoria materia de autos);
- c. El **factor de atribución** (a título de **actuar negligente** (la cual se da cuando “el sujeto hace menos de lo que debe”), a título de **culpa subjetiva** de carácter **inexcusable** en la que han incurrido los demandados; así por ejemplo, si se hubiese reportado desde un inicio la no disponibilidad plena del terreno o ejercido correctamente las funciones de control, supervisión y dado cumplimiento a la normatividad antes analizada, no se hubiera generado el perjuicio a la entidad (...); y
- d. El **daño económico causado efectivamente a la entidad** (el cual fluye claramente de autos, como se ha reseñado líneas precedentes).

Fuente: Sentencia Primer Juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo (Resolución No. 60), del 18 de setiembre de 2011, y Resolución No. 11 de la Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali, del 23 de mayo de 2012.

d. El nexo causal: Es la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.

El objeto del nexo causal tiene doble relevancia³⁵:

- Para el aspecto del evento lesivo (**causalidad de hecho o fáctica**), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad. Por ello, “la relación de causalidad de hecho es el criterio más simple de coordinación entre el daño a resarcirse y sujeto responsable”³⁶. Por ello debe tenerse en cuenta que, tanto el artículo 1969 como en el 1970 del Código Civil, se refieren a “quien causa un daño”. Esto quiere decir que tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva está presente este elemento. En esta dimensión se busca responder a la pregunta ¿quién ha sido?.
- Para el aspecto del daño resarcible (**causalidad jurídica**), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir³⁷. En efecto, se trata de “un problema de delimitación del área del daño resarcible”³⁸. En esta dimensión se busca responder a la pregunta ¿cuánto debe pagar? Por ello, el artículo 1985 del Código Civil regula que:

35 Cesare SALVI, *op. cit.*, 171.

36 Pietro TRIMARCHI, *op. cit.*, 12.

37 Esta posición también es seguida por Nelwin CASTRO TRIGOSO, *La poca fortuna de la responsabilidad solidaria y la causalidad. A propósito de una sentencia*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 10/No. 79, Gaceta Jurídica, Lima, abril 2005, 131.

38 Pietro TRIMARCHI, *op. cit.*, 147.

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 (subrayado del autor).

Así, una cosa es emplear la causalidad con el fin de imputar un hecho a un sujeto, en el concurso de otros factores (como la culpa, el dolo, la preposición de un tercero, el ejercicio de una actividad riesgosa, la custodia, entre otros) y otra cosa es emplear la causalidad para estimar el daño patrimonial, es decir, para determinar la relevancia jurídica de las consecuencias económicamente desfavorables dependientes del hecho ilícito³⁹.

Es importante también tener presente las diferencias entre la causa, la condición, la concausa, y la incitación o ayuda. La condición es “todo antecedente sin el cual el resultado no se habría producido, todo elemento que no puede ser eliminado con el pensamiento sin que haga faltar el efecto”⁴⁰. En ese sentido, si bien no produce el daño, de alguna manera lo permite o descarta un obstáculo. Por su parte, la concausa es una causa concurrente con otra, ambas destinadas a producir el efecto dañino. Estos supuestos de concausa, difieren del de la responsabilidad solidaria. A su vez, la incitación consiste en “mover o estimular a una persona para que ejecute determinada conducta”⁴¹; mientras que la ayuda, por el contrario implica “prestar cooperación”⁴² a una persona para que ejecute dicho acto.

Finalmente, cabe señalar que el nexo causal puede romperse a razón de causas extrañas o ajenas al demandado. Esto quiere decir, que el daño podría haberse cometido por un caso fortuito o de fuerza mayor, o por el hecho de un tercero, de la víctima o del acreedor. En estos supuestos se debe excluir de responsabilidad a una persona por la generación de daños.

El siguiente cuadro puede ayudar a comprender las diferencias:

Supuesto	Consecuencia	Invocación normativa
Condición	Antecedente irrelevante	
Causa	Antecedente relevante	arts. 1321 y 1985 c.c.
Concausa	Atenuación de responsabilidad	arts. 1326 y 1973 c.c.
Incitación o ayuda	Responsabilidad en menor medida. Es determinado por el juez.	arts. 1978 c.c.
Ruptura del nexo causal	Ausencia de responsabilidad.	arts. 1138.3 y 1138.5, 1155, 1156, 1315, 1327, 1972 c.c.

Elaboración propia

39 Massimo FRÁNZONI, *op. cit.*, 86.

40 Franz VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin u. Leipzig, 1884, 110.

41 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, vigésima primera edición, Madrid, 1992, 1152.

42 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, cit., 241.

Si bien existen diferentes teorías para determinar la causalidad, no debiera imponerse al juzgador una única posición. El demandante tendrá la carga de acreditar el nexo causal (en ambos tipos de responsabilidad) y como consecuencia de ello, podrá utilizar la teoría más idónea al caso en particular.

Un caso de correcto análisis de causalidad

Un consumidor acudió al banco para abrir una cuenta de ahorros. Tras realizar los trámites de apertura de cuenta, se acercó a la ventanilla a efectuar un depósito de US\$ 1 000; poniendo el dinero a disposición de la cajera. Como esta última no sabía si dicha operación se podía realizar, se retiró a efectuar las consultas del caso. Al volver solicitó nuevamente la entrega del dinero, alegando que no se lo había entregado antes. En el procedimiento ante INDECOPI, el banco ofreció como prueba un video en el que se puede apreciar, que terceras personas se apropiaron del dinero.

En su resolución final, la Comisión de Protección del Consumidor, identificó que el banco no había tomando medidas preventivas para ordenar y dirigir el flujo de clientes hacia las ventanillas de atención, de modo que en cada una de ellas, sólo encuentre la persona que realiza el trámite, de conformidad con lo ordenado por la Resolución Ministerial N° 0689-2000-IN/1701. Sin perjuicio de ello, la Comisión determinó que existieron diferentes conductas que pudieron facilitar que se produzca la conducta delictiva, por lo que resultaba necesario analizar cuál de estas conductas es la causa adecuada.

Así, señaló que:

En primer lugar, existió una conducta poco diligente por parte del denunciante, quien en lugar de entregar el dinero a la cajera que lo estaba atendiendo, lo dejó a su disposición sobre el mostrador de la ventanilla; en segundo lugar, se debe tener en cuenta la conducta de la cajera que atendió al señor Gutiérrez, quien abandonó en dos oportunidades la ventanilla por espacios de 2 y 3 minutos; y, en tercer lugar, se debe tener en cuenta la conducta del propio Banco, que infringió su deber legal de adoptar condiciones mínimas de seguridad, al permitir que además del señor Gutiérrez, se acercaran dos personas a la ventanilla en la cual se le estaba atendiendo. “En este sentido, correspondería analizar si todas las conductas señaladas anteriormente pudieron causar el hurto del dinero (...)o, si por el contrario, alguna de ellas debe ser considerada como una *condición* y no como una *causa*. Así, es menester señalar que las conductas tanto del denunciante como de la cajera del Banco deben ser consideradas como condiciones y no como causas del efecto, en la medida que facilitaron el acto delictivo pero no lo causaron; mientras que la conducta del Banco sí debe ser considerada como la causa adecuada y directa, dado que al infringir el deber legal de adoptar determinadas medidas de seguridad, permitió que terceras personas tuvieran acceso a la zona de las ventanillas del Banco y que hurtaran el dinero del denunciante.

Fuente: Resolución Final No. 883-2002-CPC del 13 de noviembre de 2002.

- e. **El daño: Comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.** Es necesario tener presente que el interés lesionado y las consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”⁴³. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa.

Existen dos grandes tipos de daño: el patrimonial y el no patrimonial.

- **Daño patrimonial:** Consiste en la **lesión de derechos de naturaleza económica**, que debe ser reparada. Este, a su vez, se clasifica en daño emergente⁴⁴ y lucro cesante.⁴⁵
- **Daño extrapatrimonial:** Comprende el **daño a la persona**, entendido como aquel que lesiona los derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas⁴⁶; y el **daño moral**, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”⁴⁷.

El daño a la persona está reconocido en el art. 1985 del Código Civil, en materia extracontractual, mientras que el art. 1322 de dicha norma, referido a la inexecución de obligaciones, sólo hace referencia al daño moral y no se menciona al daño a la persona. Sin embargo, una interpretación sistemática de ambas disposiciones, y del artículo 2.2 de la Constitución, nos llevan a concluir que a las víctimas contractuales también les corresponde la reparación por daño a la persona.

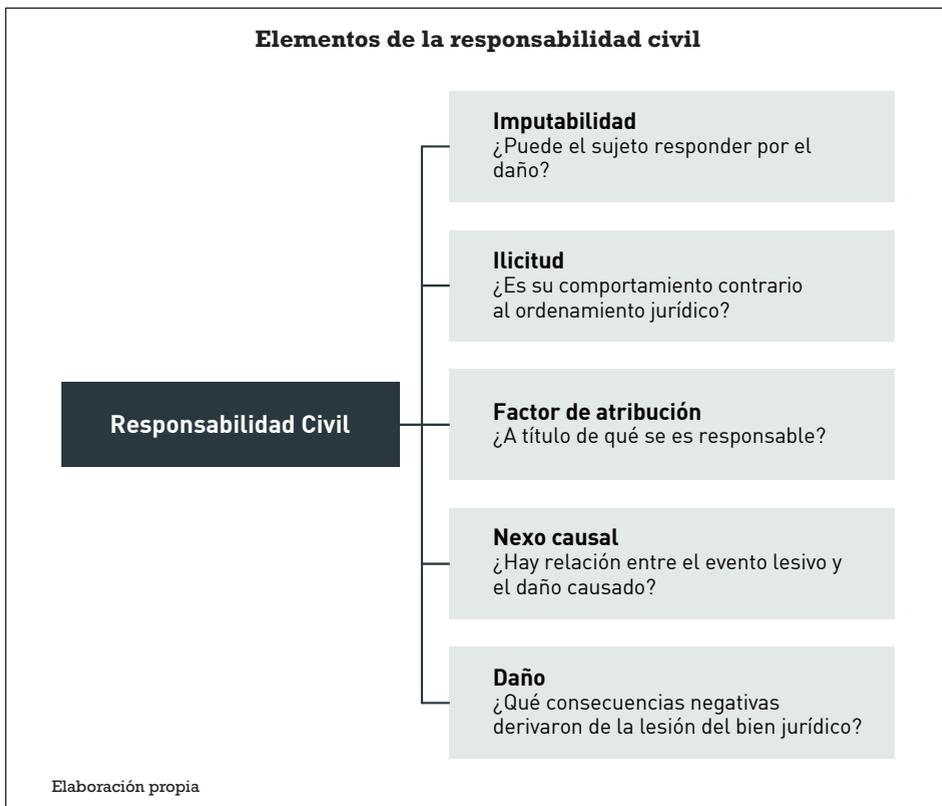
43 Giovanni Battista FERRI, *op. cit.*, 148.

44 Es la pérdida en el patrimonio del sujeto afectado que sobreviene por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito.

45 Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito).

46 Por ello, prefiero la definición inicial que diera Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, al afirmar que “el daño a la persona, tal como ha sido definido por un sector de la doctrina contemporánea, y recogido parcialmente por la actual jurisprudencia, significa el agravio o la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico-patrimonial” (*El daño a la persona en el Código Civil de 1984, en Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco, Lima, 1985, 214).

47 Así, la Corte Constitucional Italiana, con resolución del 14.07.86, no. 184, en *Giurisprudenza di Diritto Privato*, anotada por Guido ALPA, vol. I, Giappichelli, Torino, 1991, 5.



3.3. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?

En el Perú, la novena disposición final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N°27785, define el término “Responsabilidad Civil”, de la siguiente manera:

Es aquella en la que incurren los servidores y funcionarios públicos, que por su acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones, hayan ocasionado un daño económico a su Entidad o al Estado. Es necesario que el daño económico sea ocasionado incumpliendo el funcionario o servidor público sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve. La obligación del resarcimiento a la Entidad o al Estado es de carácter contractual y solidaria, y la acción correspondiente prescribe a los diez (10) años de ocurridos los hechos que generan el daño económico.

Si bien esta disposición se refiere solo al “daño económico”, resulta lógico incluir los daños de naturaleza no patrimonial, en atención a una interpretación sistemática y coherente de este supuesto específico de responsabilidad civil.

Ahora bien, la expresión “responsabilidad contractual” se usa para describir un fenómeno más amplio que es el de la responsabilidad por incumplimiento (o cumplimiento inexacto) de las obligaciones. Así, mientras la responsabilidad

extracontractual es una obligación que se constituye *ex novo*, la responsabilidad contractual nace al interior de una relación obligatoria ya constituida, de la que es parte también una obligación de resarcimiento del daño en lugar de, o al lado del, deber primario de la prestación⁴⁸.

Adicionalmente a esta primera diferencia en el origen, es posible identificar otras semejanzas y diferencias entre ambos tipos de responsabilidad civil. Así, en lo que se refiere al **factor de atribución**, tanto la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual se acogen el factor de atribución subjetivo y el factor de atribución objetivo para la imposición de la respectiva responsabilidad civil. En relación con el **grado de culpa**, la responsabilidad contractual establece una graduación de la culpa diferenciando así la culpa leve de la culpa grave, mientras la responsabilidad extracontractual no hace ninguna clase de graduación. Por otro lado, en términos de la permisión de **cláusulas de exoneración de responsabilidad**, la responsabilidad contractual ha establecido que son nulas las cláusulas de exoneración de responsabilidad derivadas de hechos cometidos con dolo o culpa inexcusable o de exoneración de responsabilidad derivada de los hechos de los terceros de quienes el deudor se vale para cumplir con sus obligaciones. Además, son nulas las cláusulas exoneratorias de responsabilidad por culpa leve si es que con esta culpa se han violado obligaciones derivadas de normas de orden público. Por el contrario, en el caso de la responsabilidad extracontractual solo se ha establecido que son nulas las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

En términos de la **relación causal**, mientras la responsabilidad contractual regula en el artículo 1321 del Código Civil la teoría de la causa próxima, la responsabilidad extracontractual regula en el artículo 1985 la teoría de la causa adecuada. Como veremos más adelante esta interpretación constituye un equívoco en cuanto que en ambos tipos de responsabilidad se puede aplicar las teorías de la causa próxima y la causa adecuada. En términos de la regla de la **carga de la prueba**, mientras en la responsabilidad contractual el artículo 1329 del Código Civil presume una vez verificado el incumplimiento la culpa leve del deudor (y, por tanto, la carga de probar la culpa grave o el dolo corresponde al acreedor dañado), en la responsabilidad extracontractual el artículo 1969 presume la culpa y el dolo del dañante, el mismo que tendrá la carga de efectuar los descargos en su defensa. Respecto a la **intervención de terceros**, en la producción de los daños, en el caso de la responsabilidad contractual el artículo 1325 del Código Civil dispone que el deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale, salvo pacto en contrario. En cambio, en la responsabilidad extracontractual el artículo 1981 del Código Civil establece que la responsabilidad solidaria entre el principal y aquel tercero que actúa bajo sus órdenes. En lo que respecta a los **daños resarcibles**, en la responsabilidad contractual los artículos 1321 y 1322 resarcen el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. En el caso de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1985 resarce el lucro cesante, el daño emergente, el daño moral y el daño a la persona. Finalmente, en términos de **plazo prescriptivo**, mientras la acción en el régimen de responsabilidad contractual tiene un plazo prescriptivo de 10 años, en la responsabilidad extracontractual el plazo prescriptivo es tan solo de 2 años.

48 Luigi MENGONI, *op. cit.*

	Responsabilidad contractual	Responsabilidad extracontractual
Origen	Incumplimiento de una obligación previamente asumida	Lesión del deber genérico de no dañar
Factores de atribución	<p>Subjetivo Se requiere una diligencia ordinaria (art. 1314 c.c.) Dolo, culpa inexcusable o culpa leve (art. 1321 c.c.)</p> <p>Objetivo Responsabilidad del deudor si se hace valer por un tercero (art. 1325 c.c.) Caso fortuito o fuerza mayor (art. 1315 c.c.)</p>	<p>Subjetivo (art. 1969 c.c.) Dolo o culpa</p> <p>Objetivo Bien o ejercicio de una actividad riesgosos o peligrosos (art. 1970 c.c.) Responsabilidad del representante legal del incapaz sin discernimiento (art. 1976 c.c.) Responsabilidad del dueño del animal (art. 1979 c.c.) Responsabilidad del dueño del edificio (art. 1980 c.c.) Responsabilidad del principal (art. 1981 c.c.)</p>
Graduación de la culpa	<p>Culpa inexcusable "Negligencia grave" (art. 1319 c.c.) Culpa leve "Omisión de diligencia ordinaria" (art. 1320 c.c.)</p>	<p>Culpa inexcusable (art. 1969 c.c.) Excepto lo dispuesto en el art. 1986 c.c.</p>
Cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad	Son nulas por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se vale. Incluso aquellas por culpa leve son nulas si violan obligaciones derivadas de normas de orden público (art. 1328 c.c.)	Son nulas por dolo o culpa inexcusable (art. 1986 c.c.)
Relación de causalidad	Causa próxima "consecuencia inmediata y directa" (art. 1321 c.c.)	Causa adecuada (art. 1985 c.c.)
Carga de la prueba	El dañado debe probar dolo o culpa inexcusable (art. 1330 c.c.) Se presume la culpa leve (1329 c.c.)	Se presume el dolo (sic) y la culpa (art. 1969 c.c.) El descargo corresponde al dañante
Intervención de terceros	El deudor responde de los actos dolosos o culposos del tercero del cual se vale. Salvo pacto en contrario (art. 1325 c.c.)	Se establece la responsabilidad solidaria entre el principal y el que actúa bajo sus órdenes (art. 1981 c.c.)
Daños resarcibles	Daño emergente, lucro cesante (art. 1321 c.c.) y daño moral (art. 1322 c.c.)	Las consecuencias que deriven (daño emergente), lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art. 1985 c.c.)
Prescripción	10 años (art. 2001, inc. 1)	2 años (art. 2001, inc. 4)

Elaboración propia

Luego de esclarecidas las diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, corresponde preguntarnos sobre qué tipo de responsabilidad se aplica en los delitos de corrupción. Al respecto, el artículo 83 del Código Procesal Civil establece lo siguiente:

En un proceso puede haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva. La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente.

En relación con la acumulación objetiva el artículo 84 del Código Procesal Civil entiende que “Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas”; mientras que el artículo 85 del Código Procesal Civil establece los requisitos de la acumulación objetiva. De esta manera señala:

Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que estas:

1. Sean de competencia del mismo Juez;
2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa; y
3. Sean tramitables en una misma vía procedimental.

Se exceptúan de estos requisitos los casos expresamente establecidos en este Código.

Por su parte, respecto de la acumulación subjetiva de pretensiones, el artículo 86 del Código Procesal Civil regula que:

Esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto, exista conexidad entre ellas y, además, se cumplan los requisitos del Artículo 85.

Se presenta cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados.

En cambio, la **acumulación objetiva originaria** está normada en el art. 87 Código Procesal Civil:

La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cual de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante. Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta el día de la audiencia de conciliación. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

Respecto de la acumulación objetiva originaria se sostiene que en ella todas las pretensiones planteadas se dirigen contra el mismo demandado (o, en todo caso, contra todos los codemandados) lo que significa que en todos estos supuestos existe siempre entre las diversas pretensiones una *conexión subjetiva* en el sentido de que todas las pretensiones tienen la misma dirección subjetiva (hay identidad de partes

del lado actor y en el lado demandado)⁴⁹. Entonces, como la fuente de la obligación del intraneus y del extraneus no es la misma, no pueden acumularse las pretensiones, en tanto no existe conexión que lo sustente.

De esta manera, en el supuesto que el mismo daño tenga origen contractual en un dañante y origen extracontractual en otro, se propondrían pretensiones autónomas en la misma demanda: cada una tiene vida y pronunciamiento propio. En el caso del servidor o funcionario público (intraneus) la responsabilidad frente al Estado es de naturaleza contractual y puede llegar a ser solidaria. Por el contrario, en el caso de un sujeto cualquiera (extraneus), la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito de corrupción en el cual ha incurrido, será extra-contractual. Desde este enfoque, en ningún caso el funcionario y el extraneus podrá responder solidariamente. Se tendrá que individualizar y cuantificar cada una de estas responsabilidades por separado.

Sin embargo, es conveniente señalar que, respecto de la responsabilidad en el pago de la reparación civil derivada del delito cometido, el artículo 95 del Código Penal, prescribe claramente que la reparación civil es solidaria entre los responsables del hecho punible y los terceros civilmente responsables. Por lo tanto, considerando que el deber de los procuradores es defender los intereses del Estado y estando a que lo dispuesto por la norma penal, reviste al Estado de mayor protección frente a la reparación del daño, habrá de exigir siempre, el pago solidario de la reparación civil entre el intraneus y el extraneus. Ahora bien, lo expuesto desde el enfoque civil, de individualizar la responsabilidad, bien podría discutirse sus alcances y aplicación práctica en los denominados procedimientos especiales de conclusión anticipada o de colaboración eficaz, cuando uno o alguno de los imputados decide apartarse del proceso principal.

3.4. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la reparación de los daños derivados de la comisión de delitos?

Previo a realizar el análisis de los elementos para la cuantificación de la responsabilidad para los casos de delitos vinculados a actos de corrupción, es necesario dejar en claro la naturaleza jurídica de la propia reparación de los daños.

En primer lugar, debe tenerse en claro que la reparación civil de los daños derivados de la comisión de delitos sería de una naturaleza no penal. Si bien un sector de la doctrina considera a la reparación civil como una consecuencia jurídica del delito de contenido penal, al igual que las penas y las medidas de seguridad⁵⁰; la reparación es un remedio de carácter única y exclusivamente civil. Recurrir a categorías propias del derecho penal o darle a la reparación un tratamiento de sanción jurídico penal, entorpece el objetivo de obtener una adecuada reparación. Considerar a la reparación como parte de la pena, genera que entren bajo análisis diversos mecanismos y principios propios de la protección de los derechos fundamentales del procesado, que conllevan a que, por ejemplo, cualquier caso de duda se resuelva a favor del inculcado, que se

49 Eugenia ARIANO DEHO, *op. cit.*

50 Da cuenta de estas posiciones Tomás Aladino GALVEZ VILLEGAS, *El Ministerio Público y la Reparación Civil proveniente del Delito*. En: Ministerio Público y Proceso Penal Anuario de Derecho Penal 2011-2012, 192. El texto del artículo señalado puede ser leído en el siguiente link: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2011_10.pdf

observe estrictamente el principio de legalidad, el principio de la ley más favorable, la rigurosidad de la tipicidad. Esto no ocurriría en el ámbito civil, si se le adjudicara naturaleza civil a la reparación”⁵¹.

En ese sentido, se debe llevar a cabo un análisis autónomo de la responsabilidad civil por los daños derivados de la comisión de cualquier delito. Este es un análisis completamente distinto a la determinación de la responsabilidad penal.

En segundo lugar, resulta necesario determinar el tipo de daño que puede generarse al Estado en los delitos de corrupción. Como se ha señalado en el capítulo 2 del presente manual, los delitos de corrupción afectan el derecho a la identidad del Estado y, en determinadas ocasiones, pueden también generar la vulneración de derechos humanos. Esto podría dar lugar a una solicitud de indemnización por daños patrimoniales y extra-patrimoniales. El hecho de que, por su especial naturaleza, la persona jurídica ciertamente no pueda sentirse “afectada” por la lesión de sus derechos, no invalida que los mismos se hayan lesionado. Por ello, se podría solicitar una indemnización por daño a la persona (artículo 1985 del Código Civil), al haberse lesionado los derechos no patrimoniales de la persona jurídica.

No obstante lo anterior, es importante resaltar que no es posible solicitar una indemnización por daño moral, debido a que, por su particular naturaleza, el Estado no puede encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción⁵². En ese sentido, no se podrá solicitar indemnización por una lesión física o psíquica a una persona jurídica; pero sí la lesión de un derecho existencial (o no patrimonial) del cual es titular (por su propia naturaleza) la persona jurídica.

51 Tomás Aladino GALVEZ VILLEGAS, *La Reparación Civil en el Proceso Penal Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Tercera Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2016, 199.

52 En este sentido, Guido ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, Bologna, 1991, 535, quien sostiene que “esta noción de daño no patrimonial permitiría resarcir también a las personas jurídicas (que en cuanto tales no prueban los sufrimientos y los dolores de ánimo expresivos de la tradicional noción de daño moral), y por consiguiente de asegurar una más equa e igualitaria aplicación de las sanciones, a considerarse, en este caso, también a la luz de las penas privadas” (cit.).

Reconocimiento del daño no patrimonial de la persona jurídica

Una resolución de la Cuarta Sala Civil reconoce el resarcimiento por el daño subjetivo a la persona jurídica, pero no lo admite por daño moral. Ella señala que:

el denominado “daño moral” doctrinariamente constituye el agravio no patrimonial, de sufrimiento o molestia, a la persona humana, y lleva al autor a la obligación de repararlo, sea su fuente u origen contractual o extra-contractual; (...) Que la doctrina asimismo admite, y la realidad lo confirma, la posibilidad de un daño no patrimonial a la persona jurídica, causado por inconductas que entrañan agresiones a determinados derechos, tales como el honor, la buena reputación, la libertad, el crédito social y comercial, entre otros, que pueden engendrar o no perjuicios económicos, englobando el daño no patrimonial tanto a la persona humana cuanto a la persona jurídica dentro de un universo genérico que ha venido en denominar “daño subjetivo”; (...) Que el artículo mil novecientos ochenticinco del Código Civil, aunque con una terminología poco feliz, permite columbrar la voluntad legislativa de amparar a la persona colectiva o jurídica frente a las agresiones que lesionan cualquiera de los derechos que la ley le reconoce (subrayado del autor).

Fuente: Cuarta Sala Civil. Resolución del 6 de febrero de 1996

De manera más reciente, la Sala Suprema consideró que no basta con la sola afirmación del menoscabo a la reputación para configurar daño moral, sino que es preciso probar el perjuicio. Así, señaló:

es del caso señalar que si bien es cierto que una persona jurídica –Banco Central de Reserva del Perú– pretende que se le indemnice por el daño moral que el Instituto de Peruano de Economía le habría causado al hacer una publicación en su página web alegando que la entidad bancaria vende moneda extranjera con la intención de crear un ambiente de calma y reducir el impacto a una candidatura presidencial, lo es también que para amparar este tipo de procesos, no basta la sola afirmación de la acción antijurídica o el menoscabo a la credibilidad de su reputación, sino que el actor como titular deba certificar a través de los mecanismos de prueba que hay en nuestro ordenamiento legal que la lesión efectuada por la acción antijurídica le causó perjuicio, hecho que no se da en el caso de autos, más aún si advertimos que la entidad recurrente solo se limitó a cuestionar las opiniones vertidas en diferentes diarios del país, pero no demuestra con prueba fehaciente como lo dicho por el demandado le causó perjuicio, aún si tenemos en consideración que las publicaciones cuestionadas se hicieron en uso de la libertad de opinión consagrada en la Constitución, por cuanto el instituto demandado, se encuentra facultado para opinar respecto a la variación del precio de la moneda, más aún si el Banco Central de Reserva hizo una intervención a gran escala comparada con los años anteriores para bajar el costo de la moneda extranjera, por lo que el recurso debe desestimarse (subrayado del autor).

Fuente: Sala Suprema, mediante Casación N° 2673-2010-Lima, del 31 de mayo de 2011

4. ¿Cómo se cuantifica el daño al Estado en los delitos de corrupción?

Luego de haber analizado las posibilidades de una persona jurídica como el Estado de ser titular de derechos; y por lo tanto, pasible de una reparación civil. Y luego de haber analizado los elementos de la responsabilidad civil; corresponde ahora determinar qué criterios deben tomarse en cuenta al momento de determinar el monto a solicitar por daño al Estado en los delitos de corrupción.

4.1. Criterios para la determinación del daño

Es claro que la afectación a la identidad institucional del Estado constituye un daño completamente diferente de la disminución del patrimonio estatal, por lo que debe ser reparado de manera diferenciada. En ese sentido, la determinación del monto debe obedecer a criterios de cuantificación específicos, vinculados a la especial naturaleza de la persona jurídica.

Así, los criterios guías de la cuantificación aplicables a todos los delitos de corrupción, pueden ser clasificados en criterios objetivos, subjetivos y sociales. La valorización equitativa se debe realizar teniendo en cuenta las tipologías de factores. Estos deben ser aplicados de manera coordinada y conjunta⁵³.

4.1.1. Criterios objetivos

Los criterios objetivos están basados en las características materiales y consustanciales del delito contra la administración pública. Entre estos criterios tenemos a la gravedad del ilícito cometido, la modalidad de su realización, la eventual reiteración y la medida de la ventaja conseguida por el dependiente infiel, la entidad de las sumas indebidamente percibidas⁵⁴. Desarrollemos brevemente estas características:

- **Gravedad del ilícito:** Implica que cuanto máspreciado sea el bien jurídico lesionado, mayor deberá ser el *quantum* indemnizatorio. Asimismo, cuando la acción desarrollada tenga un mayor grado de culpabilidad, debe incrementarse el monto indemnizatorio. En la mayoría de delitos contra la administración pública, por ejemplo, se requiere dolo, lo cual en términos de responsabilidad civil ya representa un criterio para agravar la cuantía del resarcimiento solicitado.
- **Modalidad de la realización:** Este criterio está relacionado con la modalidad delictiva empleada y la dimensión del castigo penal impuesto en cada caso. Así, por ejemplo, se pueden comparar los tiempos de condena y extraer un baremo de los grados de gravedad de cada delito para, en base a ello, graduar la sanción. Sin embargo, es fundamental hacer hincapié en que este criterio es solo referencial y no vinculante, pues como ya hemos señalado, el examen de la responsabilidad penal es completamente diferente del juicio de responsabilidad civil.

53 Wanda CORTESE, *op.cit.*, 169.

54 Wanda CORTESE, *op.cit.*, quien cita la Sentencia N° 2246, de la Corte de Cuentas, Región Lazio, sección jurisdiccional, del 29 de octubre de 1998.

- **Reincidencia:** Está relacionada con el comportamiento delictivo reiterado del demandado. Este comportamiento constante implica un claro indicio de que las sanciones impuestas con anterioridad no han tenido mayor efecto persuasivo, por lo cual la punición tanto en términos penales como en términos civiles debe fortalecerse para confrontar la reafirmación del ilícito y sancionar efectivamente la conducta de tal modo que no vuelva a repetirse.
- **Ventaja conseguida por el funcionario:** Este criterio hace referencia al cálculo costo-beneficio desarrollado por el demandado al momento de perpetrar el ilícito. Por lo que, para evitar que este tipo de ilícitos vuelvan a repetirse se debe graduar la indemnización aumentando la cuantía de acuerdo al provecho que el sujeto activo haya conseguido, de tal modo que no pueda ver compensada su conducta delictiva por ninguna clase de beneficio. En este sentido, este criterio busca que al final del juicio de responsabilidad civil el demandado no haya podido obtener ningún beneficio de su actividad y, por el contrario, asuma una responsabilidad igual o mayor a la ventaja que quiso obtener.

Así, a manera de ejemplo, en un caso de peculado, el monto apropiado y los intereses legales formarían parte del daño emergente. Pero dicho monto también debe tenerse en cuenta para la determinación del *quantum* por el daño a la persona del Estado. Este criterio debe ser empleado incluso en los casos de “micro-criminalidad”, a efectos de evitar incentivos a conductas que sumadas en su totalidad, generan enormes externalidades negativas.

4.1.2. Criterios subjetivos

Los criterios subjetivos están vinculados con el propio agente activo del delito. Así, se debe tomar en cuenta para la determinación de la cuantía del resarcimiento las circunstancias particulares del funcionario que cometió el delito. Estas circunstancias son la ubicación del funcionario en la organización administrativa y su capacidad de representación.

- **Posición del funcionario en el Estado:** Se trata de determinar la gravedad del ilícito en base a la especial posición concedida al demandado dentro del aparato administrativo estatal. En tal sentido, la gravedad del ilícito aumenta en relación directa con el grado de responsabilidad y de jerarquía funcional del cual se encuentra revestido el sujeto activo del delito. El fundamento de este criterio básicamente recae sobre el hecho que una mayor responsabilidad implica una mayor posibilidad de dañar al Estado en el desarrollo de sus funciones, y por tanto la vulneración de las obligaciones propias del servidor público ocasionará una defraudación más fuerte de la institucionalidad estatal.
- **Capacidad de representación del funcionario:** Este criterio complementa el anterior y básicamente se refiere a que la gravedad del daño producido al Estado también estará en función con la posición privilegiada del funcionario de representar al Estado frente a la población. Así, mientras mayor representación frente a la población tenga un funcionario, tanto en términos mediáticos como institucionales, mayor será el resarcimiento que tendrá que pagar al Estado por los daños a su derecho a la identidad. Por ejemplo, no es lo mismo que el delito y el daño generado sea causado por un Ministro de Estado a que sea causado por un funcionario que ocupa uno de los menores rangos

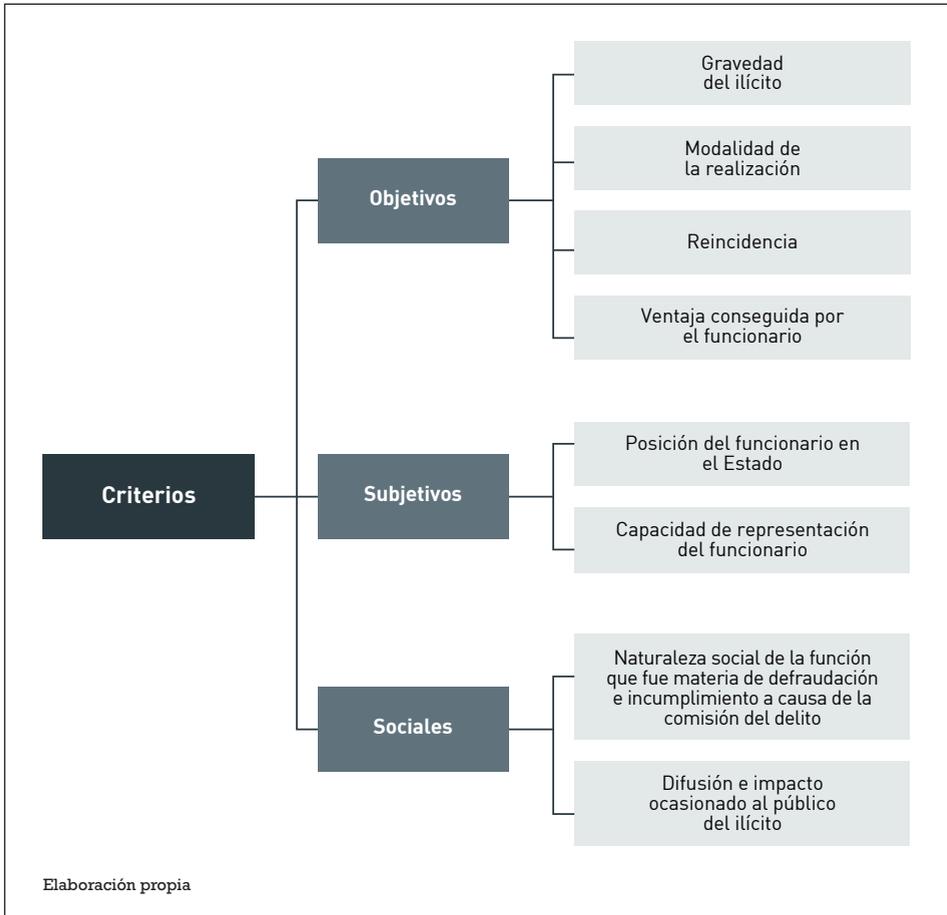
en la estructura administrativa y que frente a los ciudadanos es un personaje anónimo. Evidentemente ambos responderán, pero el papel mediático y de representación del primero frente al segundo debe ser tomado en cuenta para efectos de la imposición de la responsabilidad civil que corresponda.

4.1.3. Criterios sociales

Los criterios sociales se refieren a la repercusión o el impacto social que producen la comisión delitos vinculados a actos de corrupción. Claramente este punto se centra en el resquebrajamiento de la identidad institucional del Estado frente a la misma sociedad. Así, tenemos como criterios la naturaleza social de la función, que fue materia del delito y la difusión del impacto.

- **Naturaleza social de la función que fue materia de defraudación e incumplimiento a causa de la comisión del delito:** La naturaleza social de una función tiene que ver con el grado de cercanía que tenía el ejercicio de tal función con un servicio desarrollado en pro de la ciudadanía. Así, la lesión será más relevante cuando directamente se refiera al fin perseguido por el ente, transmitiendo al exterior la imagen de un sujeto que no es capaz de actuar eficazmente o que actúa en contra de las propias finalidades institucionales⁵⁵. Igualmente esta cercanía puede hacer referencia a un contexto territorial específico.
- **Difusión e impacto ocasionado al público del ilícito:** Este criterio está vinculado al impacto mediático que pueda producir la comisión de un determinado delito contrario a la Administración Pública. En tal medida, a mayor difusión y publicación del ilícito cometido en contra del Estado, mayor será también el incremento de la percepción negativa del público en desmedro de la institucionalidad estatal. Como consecuencia de ello, a mayor vejamen de la identidad estatal, mayor será el monto indemnizatorio a imponer.

55 Ranieri BIANCHI, Il danno non patrimoniale da lesione dei diritti della personalità degli enti collettivi, en *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*. A cura de Emanuela NAVARRETA, Giuffrè, Milano, 2010, 369.



4.2. Aplicación de los criterios en delitos específicos

Los criterios de cuantificación de los daños producidos por causa de la comisión de cualquiera de los delitos tipificados contra la Administración Pública, y vinculados con actos de corrupción, se encuentran planteados y desarrollados, en el acápite anterior. Sin embargo, es fundamental analizar como esos criterios pueden ser materializados de un modo más concreto en la aplicación de tres tipos penales específicos, cuyo análisis nos interesa desarrollar a continuación. Se trata de los delitos de colusión, peculado y cohecho.

4.2.1. Los criterios de cuantificación en el delito de colusión

El delito de colusión se encuentra tipificado en el artículo 384 del Código Penal, que señala lo siguiente:

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concierta con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, defraudare patrimonialmente al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

A partir del tipo penal, la cuantificación del daño debe tomar en cuenta los siguientes criterios:

- a. **La posición del funcionario público (criterio subjetivo):** Con un mayor poder o responsabilidad dentro del aparato público es también mayor la confianza depositada por el Estado en el funcionario público y, en consecuencia, este también tiene la potencialidad para perjudicar al Estado en una proporción bastante alta.
- b. **Gravedad del ilícito (criterio objetivo):** Se debe tomar en consideración el valor de la operación sobre el cual se realiza la colusión. A mayor sea el aprovechamiento económico ilegal que el funcionario logra para sí mismo o en beneficio de un tercero a partir de la defraudación al Estado, mayor también deberá ser la cuantía del resarcimiento.
- c. **La difusión del delito en medios de comunicación (criterio social):** La cuantía del resarcimiento también debe atender a la magnitud de la difusión o conocimiento mediático de los hechos de corrupción, pues tal información noticiosa lo que hace es generar un rompimiento o un resquebrajamiento de la confianza que tiene la sociedad en el aparato estatal, lesionándose así con un mayor grado de gravedad la identidad institucional del Estado.

4.2.2. Los criterios de cuantificación en el delito de peculado

El delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 387 del Código Penal, que señala:

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.

En este delito, la cuantificación del resarcimiento en este caso debe tomar en cuenta:

- a. **La posición del funcionario público (criterio subjetivo):** Depende de la posición del funcionario el nivel de acceso que este tiene a determinados caudales del erario nacional. En tal sentido, a mayor acceso a los recursos públicos, mayor debe ser el resarcimiento a pagar.
- b. **Gravedad del ilícito (criterio objetivo):** Se debe tomar en cuenta el valor total de los caudales aprovechados por el peculado. Así, a mayor sea el aprovechamiento económico ilegal que el funcionario se procure para sí mismo o para un tercero a partir de la realización del peculado, mayor también deberá ser la cuantía del resarcimiento. No debemos olvidar a este respecto que si una cantidad de dinero ha sido sustraída del erario nacional evidentemente la indemnización debe comprender la restitución de esta suma en concepto de daño emergente. Ello sin embargo no es óbice para que la mayor o menos cantidad de recursos sustraídos pueda ser un criterio a emplear en el examen de cuantía del resarcimiento.

Asimismo, se debe tomar en cuenta si el peculado ha sido realizado con culpa o negligencia, o si ha sido perpetrado de forma deliberada. En tal sentido al existir peculado culposo y doloso existe la posibilidad de graduar la culpa en la comisión del ilícito, lo que a su vez puede repercutir en el mayor o menor monto resarcitorio.

- c. **La difusión del delito en los medios de comunicación (criterio social):** La cuantía del resarcimiento también debe atender a la magnitud de la difusión o conocimiento mediático del delito de peculado, pues tal información noticiosa lo que hace es generar un rompimiento o un resquebrajamiento de la confianza que tiene la sociedad en el aparato estatal lesionándose así con un mayor grado de gravedad la identidad institucional del Estado. Si bien en teoría el peculado puede ser menos mediático que un caso de colusión, según el sector y el monto de lo aprovechado se podría generar desconfianza en la ciudadanía. En tal sentido, la difusión de este tipo de delito también debe tomarse en cuenta para el caso del peculado.
- d. **Naturaleza social de la función que fue materia de defraudación e incumplimiento a causa de la comisión del delito (criterio social):** Se debe tomar en cuenta la perturbación a un fin social del Estado, pues el tipo penal de peculado considera un agravante cuando el objeto de peculado han sido fondos destinados a programas de apoyo o inclusión social. En tal sentido esta frustración de los programas sociales y asistenciales debe ser tomado muy seriamente en cuenta para aumentar la cuantía del resarcimiento, según el daño que se le pueda ocasionar a las personas que se atienden en programas de apoyo o inclusión social.

4.2.3. Los criterios de cuantificación en el delito de cohecho

El delito de cohecho, en específico el cohecho pasivo propio, se encuentra regulado por el artículo 393 del Código Penal, que establece lo siguiente:

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La cuantificación del resarcimiento para este delito debe tomar en cuenta con especial atención los siguientes criterios:

- a. **La posición del funcionario público (criterio subjetivo):** Al igual que en los casos anteriores la posición en la escala pública de la administración estatal es fundamental a efectos de determinar el grado de gravedad de la

responsabilidad. Mientras el cargo sea de mayor importancia, mayor será la posibilidad de lesionar la institucionalidad del Estado. De este modo mientras la competencia y las decisiones tomadas tengan la capacidad de negociar mayores beneficios para los extraneos mayor deberá ser la sanción.

Asimismo, resulta necesario evaluar la trascendencia o la importancia de la obligación incumplida por el caso de cohecho. Claramente mientras el incumplimiento de la obligación sea más importante para lograr la comisión del beneficio indebido a favor del extraneos mayor debe ser la indemnización a imponer.

- b. Gravedad del ilícito (criterio objetivo):** Debetomarse en cuenta el valor total de lo recibido en el cohecho. Todo lo obtenido por el cohecho debe ser pagado en beneficio del Estado. Asimismo, dado que en el caso del cohecho existe una participación de un extraneos y es este quien obtiene la ventaja a partir del incumplimiento de las obligaciones del funcionario público, es claro que todo beneficio que obtenga el extraneos derivado de la comisión del delito materia de análisis debe ser entregado al Estado. Ahora bien en este caso toca analizar que monto le corresponde a cada quién pagar en concepto indemnizatoria, lo cual se abordará al tratar del extraneos.
- c. Modalidad de la realización (criterio objetivo):** Como se desarrolla en el propio tipo penal existen tres formas de llevar a cabo el cohecho. De este modo se distingue la conducta del funcionario público según i) se reciban o acepten los beneficios del extraneos, ii) se soliciten o requieran ventajas o beneficios, o iii) se condicione el cumplimiento de la propia obligación a la entrega de determinados beneficios. Según la modalidad de realización se varía la sanción penal. En tal sentido, se debe evaluar la modalidad empleada a efectos de determinar la cuantía del resarcimiento.
- d. La difusión del delito en los medios de comunicación (criterio social):** Se debe atender a la magnitud de la difusión o conocimiento mediático del cohecho, pues tal información noticiosa lo que hace es generar un rompimiento o un resquebrajamiento de la confianza que tiene la sociedad en el aparato estatal, lesionándose con un mayor grado de gravedad la identidad institucional del Estado.
- e. Naturaleza social de la función que fue materia de defraudación e incumplimiento a causa de la comisión del delito (criterio social):** Se debe tomar en cuenta la perturbación a un fin social del Estado, por algún posible daño que se le pueda ocasionar a las poblaciones que se atienden en programas de apoyo o inclusión social cuyo manejo ha sido materia del cohecho. En tal sentido esta frustración de los programas sociales y asistenciales debe ser tomado muy seriamente en cuenta para aumentar la cuantía del resarcimiento, en la medida en que generan un malestar en la comunidad nacional y en la ciudadanía.

La aplicación de criterios por el Tribunal de la Contraloría Nacional de la República para la determinación de responsabilidad administrativa

A pesar de que no analiza la imposición de un pago de suma monetaria, el Tribunal de la Contraloría cuenta con pronunciamientos en los que realiza el análisis de la responsabilidad sobre la base de los criterios establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativo General, al cual establece una serie de parámetros para determinar la sanción administrativa. Así en el numeral 3 del artículo 230 establece:

“3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción
- b) La probabilidad de detección de la infracción
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido
- d) El perjuicio económico causado
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de 1 (uno) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.

Este artículo es importante pues, al momento de analizar los criterios de cuantificación de la responsabilidad civil por los daños generados a la identidad e institucionalidad del Estado, muchos de los criterios mencionados en la Ley de Procedimiento Administrativo tienen su par en la materia analizada en el presente texto.