



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

Manual de Criterios para la Determinación del Monto de la Reparación Civil en los Delitos de Corrupción.

AMADO DANIEL ENCO TIRADO

Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción

Responsables de la elaboración y edición:

La elaboración de este Manual estuvo a cargo del Centro de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En este proceso se contó con los comentarios y aportes del Equipo de Coordinación de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción integrado por: Javier Alonso Pacheco Palacios, José Luis Requiz Espinoza, Giovanna Fabiola Velez Fernández, Rodolfo Valentín Castillo Alva, Karen Lizeth Alfaro Mendives y Yudith Villegas Espinoza.

Los contenidos fueron elaborados por el profesor Juan Alejandro Espinoza Espinoza. El autor agradece a Luis Bardales Siguas para la elaboración de dichos contenidos, y a Gabriel Montoya Huerto y Francesca Flores Berolatti, por la elaboración de la base de datos jurisprudencial.

El tratamiento del texto para el formato de manual estuvo a cargo de la profesora Renata Bregaglio Lazarte.

Primera edición: Julio 2018

Tiraje: 500 ejemplares

DISTRIBUCIÓN GRATUITA

2017- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Calle Scipión Llona N° 350, Miraflores, Lima 18
Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción

Impreso por Citygraph S.A.C.

Dirección Calle Caraz Mza C Lote 3 Urb. Los Portales de Chavín III Etapa S.M.P

RUC: 20566102863

Teléfono: 01-299-8797

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2018-09442

ISBN: 978-612-4225-30-7

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	9
Comentarios	12
Introducción	14
1. Los delitos de corrupción: aspectos generales	15
1.1. ¿Qué bien jurídico se tutela en los delitos de corrupción?	15
1.2. ¿Quién es el titular del bien jurídico lesionado en los delitos de corrupción?	16
2. La persona jurídica “Estado” como titular de derechos y pasible de reparación	17
2.1. ¿El Estado es titular de derechos?	17
2.2. ¿Qué derecho(s) del Estado se afecta(n) con los actos de corrupción?	19
2.3. La afectación a los derechos humanos tras un acto de corrupción y sus posibilidades de reparación	21
3. La responsabilidad civil por daño al Estado derivado de los delitos de corrupción	24
3.1. Diferencias entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil de la persona jurídica	24
3.2. Elementos de la responsabilidad civil	25
3.3. ¿Responsabilidad contractual o extracontractual?	32
3.4. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la reparación de los daños derivados de la comisión de delitos?	36
4. ¿Cómo se cuantifica el daño al Estado en los delitos de corrupción?	39
4.1. Criterios para la determinación del daño	39
4.1.1. Criterios objetivos	39
4.1.2. Criterios subjetivos	40
4.1.3. Criterios sociales	41
4.2. Aplicación de los criterios en delitos específicos	43
4.2.1. Los criterios de cuantificación en el delito de colusión	43
4.2.2. Los criterios de cuantificación en el delito de peculado	43
4.2.3. Los criterios de cuantificación en el delito de cohecho	44
4.2.4. Aplicación de los criterios en casos prácticos	47

Conclusiones	57
Glosario	59
Bibliografía	61
Anexos	66

PRESENTACIÓN

Uno de los desafíos constantes de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción ha sido y es el poder determinar y sustentar sólidamente el monto de la reparación civil derivada del daño causado al Estado por el comportamiento típico en los delitos contra la administración pública, específicamente los contemplados en las secciones II, III y IV del capítulo II, del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal, a los que el sistema normativo identifica como delitos de corrupción de funcionarios.

Múltiples estudios se han hecho, todos de rigurosa calidad, donde se señala que la corrupción, al invadir el tejido social de los países y su economía, viola tanto los derechos económicos, sociales y culturales como el derecho al desarrollo en general¹. Los delitos de corrupción son mucho más que la afectación de las arcas del Estado, el funcionamiento inadecuado de la administración pública y la postergación de los accesos a diversos servicios daña severamente a los ciudadanos en particular y a la comunidad en general, vulnerando la confianza social y minando la democracia.

Este lamentable efecto corrosivo de la corrupción, se genera cada vez que algún mal funcionario o servidor público, perpetra una conducta corruptiva. Por ello, como bien lo ha señalado el Tribunal Constitucional, el daño de la corrupción debe ser analizado desde un enfoque de derechos², pues se trata de un delito cuyo efecto no se agota solamente en la esfera de la correcta administración pública. Este delito lesiona derechos fundamentales de las personas, limitando seriamente su acceso a los medios de subsistencia, a los servicios de justicia sin pago de sobornos, a la salud y educación de calidad, etc. La pérdida de la confianza social en el Estado representa un tremendo daño a su propia institucionalidad, a su identidad. Siendo ello así, exigir, a través del proceso penal, una justa reparación civil por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que genera la corrupción al Estado, se convierte más que en un deber, en un mandato constitucional³.

Nuestro sistema de justicia penal, ha reconocido en sendas sentencias condenatorias el indiscutible derecho del Estado a ser indemnizado por el daño a su imagen derivado de los delitos de corrupción, sin embargo, pese a los avances existentes, aun se advierte la necesidad de uniformizar criterios para darle contenido a la cuantificación del daño extrapatrimonial.

En el año 2014, la Procuraduría Especializada en Delitos de Corrupción, preocupada por resolver este problema, elaboró un manual con el apoyo de USAID/PERU para el cálculo de reparación civil en los delitos contra la administración pública, fundamentalmente en el extremo del daño extrapatrimonial. La fórmula tendría siempre como base la existencia de un daño patrimonial u observable y sobre esa base, para determinar el monto del daño extrapatrimonial, propuso considerar tres variables a manera de criterios: a) nivel del funcionario; b) monto defraudado y; c) exposición mediática del caso.

Asignando un determinado valor o puntaje a cada variable, se buscó clasificar los casos de corrupción en cuatro categorías según su grado de importancia y calcular el

1 CEPAL, La corrupción y la impunidad en el marco del desarrollo en América Latina y el Caribe: un enfoque centrado en derechos desde la perspectiva de las Naciones Unidas (2007, 34).

2 Tribunal Constitucional, Exp. N° 0017-2011-AI-PI/TC.

3 Tribunal Constitucional, Exp. N° 006-2006-PCC/TC.

monto del daño extrapatrimonial. Así, según la fórmula propuesta, el monto del daño extrapatrimonial sería el resultado de multiplicar el puntaje de las variables por el valor del daño patrimonial. Al daño extrapatrimonial había que sumarle el monto del daño patrimonial. El resultado de esta operación era el monto que finalmente se proponía como reparación civil. Aplicando dicha fórmula, el valor del daño extrapatrimonial terminaba siendo 6 o 7 veces más que el daño patrimonial, apreciación que fue considerada un exceso por diversas instancias del Poder Judicial.

El objetivo principal de la defensa del Estado es buscar una justa y equitativa reparación civil frente al daño causado. En ese sentido, debemos desarrollar estrategias de defensa que no caigan en la exageración de lo irrisorio o de la sobredimensión. Precisamente en esa línea, sobre la base de lo avanzado en el campo del litigio, la jurisprudencia y la doctrina, nos hemos propuesto elaborar un nuevo manual de criterios para determinar la reparación civil en los delitos de corrupción. Para tal efecto, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, contrató los servicios del Centro de Formación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, quienes han desarrollado dicho instrumento de trabajo con los aportes del destacado profesor experto en responsabilidad civil, Dr. Juan Espinoza Espinoza, reconocido académico que desde hace buen tiempo viene desarrollando el tema de la reparación civil derivada de los delitos contra la administración pública.

Como premisa fundamental, el especialista reconoce que el Estado, en tanto persona jurídica, tiene derecho a ser resarcido por daños de carácter no patrimonial provocado por un delito de corrupción. Haciendo un análisis sobre el denominado daño moral, sostiene que, en el caso del Estado, los delitos de corrupción terminan afectando no tanto su imagen sino su derecho a la identidad institucional, que tutela fundamentalmente la institucionalidad como atributo básico del Estado de derecho.

El manual propone un análisis ordenado sobre la materia, asumiendo siempre la diferencia sustancial en el tratamiento que debe darse a la responsabilidad civil como independiente y distinta al de la responsabilidad penal, así como de sus elementos constitutivos (la imputabilidad, la ilicitud o antijuridicidad, el factor de atribución, el nexo causal y el daño). En lo concerniente al daño, considerando que los delitos de corrupción son delitos de infracción de deber, desarrolla acertadamente los alcances del daño extrapatrimonial desde la perspectiva de la responsabilidad contractual y extracontractual, que permite individualizar de mejor manera la atribución de responsabilidad cuando se trata de los extraneus.

Sobre la base del denominado daño patrimonial, que comprende el daño emergente y el lucro cesante, el profesor Juan Espinoza Espinoza, propone determinar y establecer el monto de la reparación civil por daño extrapatrimonial a partir del análisis de un conjunto de criterios objetivos, subjetivos y sociales, los mismos que, aplicados al caso concreto, permitirán medir el monto del daño generado según nos encontremos ante un hecho ilícito de mínima, mediana o mayor gravedad. El proceso de determinación del monto de reparación civil, en todos los casos, tiene como punto de partida ubicar al caso, considerando el monto del daño patrimonial, dentro de la escala de montos referenciales que la Procuraduría ha establecido para tales efectos, ello permitirá, fundamentalmente, establecer los topes mínimos o máximos sobre el que se fijará el monto de indemnización por concepto de daño extrapatrimonial según la gravedad del caso.

En dicho análisis, el valor del patrimonio afectado o el valor comprometido en el hecho (criterio objetivo), la posición del agente en la estructura del Estado (criterio subjetivo) y el fin social afectado (criterio social), son criterios que juegan un rol fundamental al momento de calificar el caso como de mínima, mediana o de mayor gravedad. Tal calificación incidirá en el monto que se fije por daño extrapatrimonial dentro de los topes establecidos en la escala de montos referenciales. Cabe indicar que los criterios propuestos para determinar el valor del daño extrapatrimonial, si bien pueden coincidir, no son los mismos y tienen un valor diferente que el utilizado para clasificar los casos en tipo A+ (casos emblemáticos), A (complejos) y casos B (menos graves), clasificación adoptada por la Procuraduría para ordenar los equipos de litigio y establecer las respectivas estrategias de defensa.

Para los casos en los que no se cuente con un valor referencial observable, se propone utilizar montos mínimos de reparación civil a partir de lo ya otorgado en reiterada jurisprudencia a favor del Estado en casos similares, pero también es perfectamente viable utilizar los criterios planteados para cuantificar el monto del daño extrapatrimonial según la calificación por el nivel de gravedad que merezca el caso concreto.

Esperamos que el presente manual sea una herramienta útil y contribuya en las labores de defensa que desarrollan los abogados de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción, cuya aplicación práctica, estamos seguros, permitirá enriquecer el proceso de consolidación de los criterios de determinación de la reparación civil en los casos de corrupción en el país.

Amado Enco Tirado
Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción

COMENTARIOS

La corrupción constituye un fenómeno delictivo que, en los últimos años, se ha evidenciado no solo en la nociva conducta de funcionarios de rango inferior o para casos cotidianos, sino también en las máximas autoridades públicas, incluyendo ex presidentes, y personajes políticos, amen de la corrupción privada. Como sabemos, los efectos de la corrupción son sumamente dañinos para la economía del país y la moral pública.

La eliminación o disminución de la corrupción debe constituir una política de Estado, sin embargo, en nuestro país dicha tarea es asumida por la fiscalía con el apoyo de la policía, por la procuraduría pública y la prensa de investigación. A ello se suma la sociedad civil comprometida.

Desde el ámbito de la persecución penal, la fiscalía cuenta con un equipo especializado en investigaciones de esta naturaleza y otro que conoce de lavado de activos, y con el apoyo de la policía también especializada, realizan una serie de investigaciones con la finalidad de lograr acusaciones sólidas que culminen en una sentencia de condena, claro esta, con los mecanismos procesales que establecen las leyes y respeto al debido proceso.

Pero esta pretensión punitiva no es suficiente para tan loable cometido. El daño que produce la corrupción debe ser resarcido. Ello se logra mediante el pago de la reparación civil que postula el Estado, como ente agraviado, a través de sus abogados o procuradores públicos. Esta reparación, dentro del proceso común, exige una serie de conocimientos de naturaleza civil y procesal civil que son absolutamente ineludibles y que el autor de este trabajo, bajo el título **Manual de criterios para la determinación del monto de la reparación civil en los delitos de corrupción**, el jurista Juan Espinoza Espinoza, aborda con suma facilidad, que va desde el bien jurídico tutelado en estos delitos y su relación con el derecho que le corresponde al Estado como agraviado. Siendo muy importantes sus aportes cuando trata de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil por daño al Estado y el **forzoso análisis** desde la perspectiva de la responsabilidad civil.

El juicio oral penal en nuestro país se desarrolla bajo una fórmula de sustentación de pretensiones y prueba, ciertamente, bajo un marco comunicacional. No solo hay que conocer el caso, sino también se debe exponer y sustentar debidamente, a fin de formar convicción en el juez que va a sentenciar. De allí que es imprescindible conocer primero como se determina el daño causado y la responsabilidad que corresponde civilmente a los autores y partícipes, a las personas jurídicas, la distinción entre el daño evento y daño consecuencia y los demás conceptos y categorías que se conocen civilmente. Gana el juicio quien sustenta y prueba con suficiencia su pretensión. El Estado cuenta con los medios necesarios pero además, con el valioso aporte que esta obra, -como decimos- de fácil lectura y de buen contenido, que entrega el maestro Juan Espinoza Espinoza, y que, además, cuenta con formatos de utilidad para el procesamiento.

Debo añadir, que todos los conceptos y categorías civiles expuestos son de suma importancia para efectos de lograr un mejor resultado cuando se trate de aplicar la determinación de reparación civil en el marco de un proceso de colaboración eficaz y un proceso de terminación anticipada.



Felicitaciones al autor y a la Procuraduría Anticorrupción por tan loable esfuerzo jurídico.

Lima, marzo 2018

Pablo Sánchez Velarde
Fiscal de la Nación

INTRODUCCIÓN

Desde la caída del régimen del expresidente Alberto Fujimori, el Estado ha iniciado una serie de denuncias penales por delitos de corrupción. El común denominador de las mismas, así como de los dictámenes fiscales y las sentencias es la carencia de fundamentación jurídica de la reparación civil en agravio del Estado. Ello genera que no se otorguen indemnizaciones o que estas sean de un monto que no se corresponde con la gravedad del daño, lo que se traduce en un incentivo perverso para seguir delinquir.

La causa de este problema es el desconocimiento, por parte de los operadores jurídicos penales, de las nociones básicas de la responsabilidad civil, así como de la individualización del derecho no patrimonial que se lesiona, aunado a una falta de criterios para cuantificar este tipo de daño. Es común que en las denuncias por estos delitos, que se solicite una cantidad de dinero “por todo concepto”, cuando lo correcto sería identificar cada uno de los daños: daño emergente, lucro cesante y daño a la persona. Tanto en las denuncias penales, como en las acusaciones fiscales y en las sentencias, abogados, fiscales y jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendiendo que la reparación civil es un mero apéndice de la identificación del tipo penal.

Los fiscales y los jueces penales, sin duda, no están exentos del deber de fundamentar sus decisiones en lo que a la reparación civil se refiere; pero es en el pedido mismo de reparación que debe fundamentarse el daño y establecerse los montos correspondientes a este. **El análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad civil, por ello es imperativo efectuar ambos.** En este sentido, el presente manual busca establecer criterios para realizar la determinación del daño en el marco de los delitos de corrupción. El texto original elaborado por el profesor Espinoza, ha sido editado y adaptado a un formato de manual, para facilitar su lectura. No obstante, las ideas del profesor Espinoza se mantienen a lo largo de este texto. Se espera que esta sea una herramienta útil para los operadores jurídicos que ayude a una efectiva persecución del delito.

1. Los delitos de corrupción: aspectos generales

Para adentrarnos en la formulación de criterios para la reparación civil, resulta necesario, en primer lugar, establecer algunas bases conceptuales. Estas son: la identificación de los bienes tutelados en los delitos de corrupción y de la titularidad de dichos bienes.

1.1. ¿Qué bien jurídico se tutela en los delitos de corrupción?

El común denominador en todos los delitos de corrupción es que el funcionario público lesiona la “institucionalidad”. Esta es entendida como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes tienen el imperativo de actuar por el bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos. No obstante, es posible identificar bienes tutelados específicos en cada delito. De esta manera, en el caso de los delitos regulados por el Código Penal, pueden postularse los diferentes bienes tutelados:

<p>Nombramiento ilegal para cargo público (art. 381 CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Preservar la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo a la Administración Pública de irregularidades en el ingreso, y afirmando el prestigio de la Administración Pública.
<p>Peculado doloso (art. 387 CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proteger el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública. • Por ser un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y b) evitar el abuso que quebranta los deberes de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores.
<p>Malversación de dinero o bienes (art. 389 CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La regularidad y buena marcha de la administración pública. Se busca preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos. • Se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal.
<p>Cohecho pasivo propio (art. 393 CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Proteger el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos. • Se asegura un marco ideal de ausencia de interferencias en la adopción de las decisiones públicas.
<p>Colusión simple y agravada (art. 384 CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Garantizar las condiciones de transparencia e imparcialidad en la contratación estatal.
<p>Enriquecimiento ilícito (art. 401 CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que se ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación.
<p>Tráfico de influencias (art. 400 CP)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La imparcialidad u objetividad en el ejercicio de la función pública; la regularidad y eficiencia de la función pública, concebida en su sentido más extenso (Abanto Vásquez). • El prestigio y regular funcionamiento de la Administración Pública, específicamente la administración de justicia jurisdiccional o administrativa (Rojas Vargas).

Fuente: Fidel ROJAS VARGAS, Delitos contra la Administración Pública, Cuarta Edición, Grijley, Lima, 2007; y Manuel ABANTO VÁSQUEZ, Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano, Palestra, Lima, 2003.

1.2. ¿Quién es el titular del bien jurídico lesionado en los delitos de corrupción?

El titular del bien jurídico en los delitos de corrupción es la Administración Pública o el Estado. No obstante, si bien el Derecho Penal toma a la Administración Pública como objeto general de tutela; es importante recordar que es el Estado, como órgano global, y la diversidad de instituciones que lo integran, quien asume la titularidad del sujeto pasivo de este delito. No se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la actividad pública, concretamente, su “correcto funcionamiento”⁴. Por ello, “se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la Administración Pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común”⁵.

La corrupción como acto que afecta a la Administración Pública

El Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia 017-2011-AI que el buen funcionamiento de la Administración Pública constituye un bien de índole constitucional cuya protección podría justificar la intervención del Derecho penal. En esa línea también ha manifestado, haciendo alusión al Preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos”. Por ello, afirma, “los actos en los que los funcionarios públicos atentan contra el correcto desempeño en el ejercicio de sus funciones atentan contra las bases mismas del Estado.”

Ahora bien, en los delitos de corrupción existe un **sujeto pasivo genérico**, que es el Estado y un **sujeto pasivo específico**, que recae en la entidad estatal afectada o el funcionario “en determinados casos delictivos cometidos por particulares”⁶. El sujeto pasivo (titular del bien jurídico) no siempre coincidirá con la **víctima** del delito (aquel que resulta directamente agraviado), como ocurre en modalidades delictivas cometidas por funcionarios y servidores públicos donde existen agraviados directos distintos a los entes estatales que resultan lesionados en sus derechos o intereses con los actos vulneratorios del bien jurídico “Administración Pública”. Es el caso, por ejemplo, del abuso de autoridad (artículos 376-378 segundo párrafo), de la concusión (artículo 382) o, con opiniones dispares, en el tráfico de influencias (artículo 400). En todas estas situaciones se habla de sujeto pasivo y víctima por separado”⁷.

A partir de lo señalado, y dado que el Estado es el titular de los bienes jurídicos afectados por el delito de corrupción, corresponde analizar con mayor profundidad los alcances de dicha titularidad, así como las consecuencias que se derivan de dicha afectación. Esto será abordado en el siguiente capítulo.

4 Manuel ABANTO VÁSQUEZ, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, 16.

5 Ramiro SALINAS SICCHA, *Delitos contra la Administración Pública*, Segunda edición, Iustitia-Grijley, Lima, 2011, 5.

6 Fidel ROJAS VARGAS, *Delitos contra la Administración Pública*, Cuarta Edición, Grijley, Lima, 2007.

7 Fidel ROJAS VARGAS, *op. cit.*, 20.

2. La persona jurídica “Estado” como titular de derechos y pasible de reparación

Habiéndose determinado que el Estado es el titular del bien lesionado en los delitos de corrupción, corresponde analizar de qué manera las personas jurídicas (como el Estado) son titulares de Derecho, para así poder determinar de qué manera corresponde formular una pretensión en materia de reparación civil.

2.1. ¿El Estado es titular de derechos?

Al hablar del reconocimiento de titularidad de derechos a una persona jurídica se debe distinguir dos niveles:

- a) Los derechos de la asociación que, en tanto sujeto de derecho independiente de sus integrantes, es titular autónomo de posiciones jurídicas.
- b) Los de los integrantes que, de manera indirecta, pueden ser afectados con la lesión a algunos derechos de la persona jurídica que integran.

En ese sentido, la persona jurídica es un sujeto de derecho independiente (por cuanto a nivel formal, trasciende al grupo que la compone), titular de sus propios derechos y deberes. Esta es la posición que asume el Código Civil peruano en su artículo 78. Dicho artículo reconoce la autonomía formal de la persona jurídica al establecer que:

La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

De esta manera, persona jurídica podrá ser la titular tanto de derechos fundamentales (a nivel de Derecho constitucional), como el derecho a la identidad, reputación, privacidad⁸; así como de derechos patrimoniales y no patrimoniales (a nivel de Derecho civil). Esto trae como correlato que, en el ámbito civil, si se lesionan estos derechos, la persona jurídica es titular del derecho a la reparación.

8 En sentido contrario, Matilde ZAVALA DE GONZALES quien, partiendo de una interpretación literal del art. 1071 bis del Código Civil argentino (que sanciona la intromisión de la “vida ajena”), afirma que las personas jurídicas “no tienen “vida” privada en el sentido biológico y espiritual que entraña la expresión “vida ajena”, en el artículo 1071 bis del código civil: sólo puede atribuírsele, figuradamente, una “vida” jurídica.

Por otra parte, únicamente el hombre puede verse mortificado en sus costumbres o sentimientos y padecer el agravio moral que acompaña, en general, y frecuentemente de modo exclusivo, a las perturbaciones a la intimidad” (*Derecho a la intimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, 76). Discrepo de esta posición: literalidades aparte, lo que se pretende tutelar con la situación jurídica de la privacidad es un ámbito de no intromisión en determinada esfera de los sujetos de derecho, independientemente de cuál de estos se trate. Si se pensase de otra manera, se llegaría a sostener que no constituye un supuesto de responsabilidad civil el tomar indebido conocimiento de las comunicaciones que envían o reciben los representantes de las personas jurídicas en ejercicio de sus funciones. Por otro lado, magro argumento es sostener que la persona jurídica, dada su particular naturaleza, no pueda “mortificarse”. Al ser un sujeto de derecho tiene derechos patrimoniales y existenciales que exigen tutela jurídica efectiva. La protección frente a la lesión de estos últimos no se agota, como veremos, en la voz del daño moral y por ello, ante su lesión cabría una indemnización.

Los derechos de la persona jurídica

El Tribunal Constitucional ha señalado de manera enunciativa (no taxativa) que las personas jurídicas pueden verse afectadas en sus siguientes derechos:

- a. El derecho a la igualdad ante la ley (Artículos 2, incisos 2, 60, 63).
- b. Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (Artículo 2, inciso 4).
- c. El derecho de acceso a la información pública (Artículo 2, inciso 5).
- d. El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (Artículo 2, inciso 5, párrafo segundo).
- e. El derecho a la autodeterminación informativa (Artículo 2, inciso 6).
- f. El derecho a la buena reputación (Artículo 2, inciso 7).
- g. La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (Artículo 2, inciso).
- h. La inviolabilidad de domicilio (Artículo 2, inciso 9).
- i. El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (Artículo 2, inciso 10).
- j. La libertad de residencia (Artículo 2, inciso 11).
- k. El derecho de reunión (Artículo 2, inciso 12).
- l. El derecho de asociación (Artículo 2, inciso 13).
- m. La libertad de contratación (Artículo 2, inciso 14).
- n. La libertad de trabajo (Artículo 2, inciso 15, y Artículo 59).
- o. El derecho de propiedad (Artículo 2, inciso 16).
- p. El derecho a la participación en la vida de la nación (Artículo 2, inciso 17).
- q. El derecho de petición (Artículo 2, inciso 20).
- r. El derecho a la nacionalidad (Artículo 2, inciso 21).
- s. El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (Artículo 19).
- t. La libertad de iniciativa privada (Artículo 58).
- u. La libertad de empresa, comercio e industria (Artículo 59).
- v. La libre competencia (Artículo 61).
- w. La prohibición de confiscatoriedad tributaria (Artículo 74).
- x. El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (Artículo 139°, inciso 3).

Fuente: STC No. 4972-2006-PA/TC - La Libertad -Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C., 4 de abril de 2006.

Ahora bien, en relación con la persona jurídica “Estado”, el Tribunal Constitucional, ha establecido que las personas jurídicas de derecho público no detentan el mismo universo de derechos que las personas jurídicas de derecho privado. Así, ha señalado:

(...) Con respecto a lo segundo, este Colegiado considera que el no reconocimiento expreso de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas no significa tampoco y en modo alguno negar dicha posibilidad, pues la sola existencia de un Estado democrático de derecho supone dotar de garantías a las instituciones por él reconocidas. Por otra parte, porque quienes integran las personas jurídicas retienen para sí un interminable repertorio de derechos fundamentales nacidos de su propia condición de seres dignos, no siendo posible que dicho estatus, en esencia natural, se vea minimizado o, peor aún, desconocido, cuando se forma parte de una persona jurídica o moral. En tales circunstancias, queda claro que sin perjuicio de los atributos expresos que acompañan a cada persona individual que decide organizarse, puede hablarse de un derecho no enumerado al reconocimiento y tutela de las personas jurídicas, sustentado en los citados principios del Estado democrático de derecho y correlativamente de la dignidad de la persona.

(...) Este Colegiado considera pertinente advertir que cuando se habla de las personas jurídicas en el sentido y forma que aquí se viene describiendo, fundamentalmente se entiende a la organización de sujetos privados o, en estricto, a las personas jurídicas de derecho privado, debiéndose puntualizar que, por el contrario, el estatus jurídico de las llamadas personas jurídicas de derecho público (esto es, la que pertenecen o actúan a nombre del Estado) no necesariamente y en todos los casos resultaría el mismo que aquí se ha desarrollado, aun cuando respecto del mismo pueda también predicarse, bajo determinados supuestos, una cierta incidencia de los derechos fundamentales que en su momento debido corresponderá también precisar” (subrayado del autor)⁹.

Ciertamente existen diferencias sustanciales entre una persona jurídica de Derecho privado y una de Derecho público. No obstante, y aunque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional esté referida principalmente a las personas jurídicas de Derecho privado; no parecen haber razones que impidan afirmar que la persona jurídica de Derecho público también detenta el derecho a la buena reputación. En ese sentido, resulta correcto afirmar que el Estado (y las instituciones que lo conforman) son titulares de este derecho. Ello implica, forzosamente, que cualquier vulneración a este derecho de la persona jurídica merece protección civil y penal.

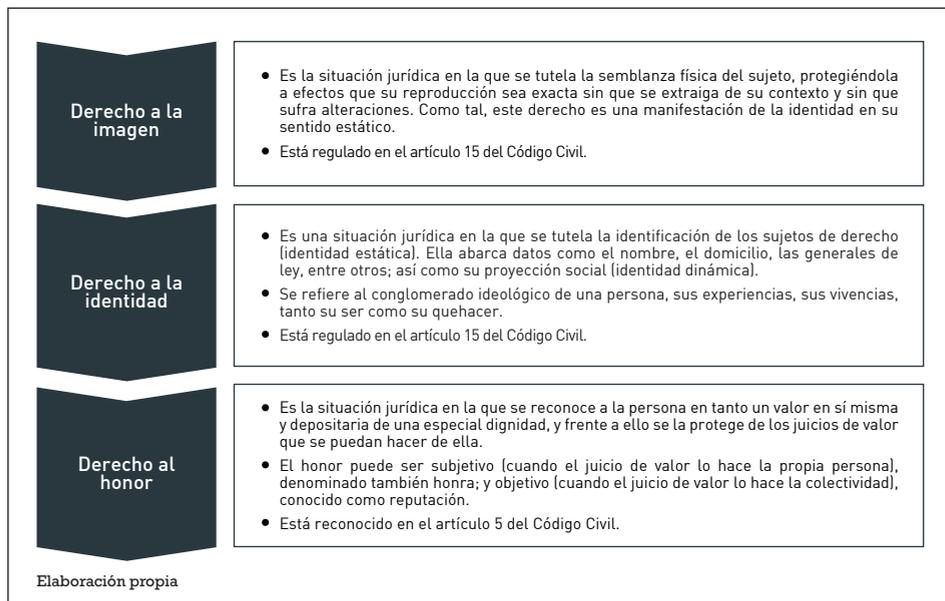
2.2. ¿Qué derecho(s) del Estado se afecta(n) con los actos de corrupción?

Los delitos de corrupción implican una lesión al derecho a la identidad del Estado, pues lo que el funcionario público lesiona es la “institucionalidad” del Estado. Esa debe ser entendida como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes tienen el imperativo de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos¹⁰.

Es importante señalar que existe un sector de la doctrina y jurisprudencia que individualiza la lesión del derecho a la imagen de Estado. No obstante, es necesario poder aclarar conceptos para concluir que es la identidad el derecho afectado. Así, tenemos que:

⁹ Tribunal Constitucional. Sentencia del Expediente No. 4972-2006-PA/TC del 4 de abril de 2006.

¹⁰ No obstante esta posición, es importante señalar que un sector de la doctrina y jurisprudencia individualiza la lesión del derecho a la imagen de Estado.



Ahora bien, el origen de la confusión obedece a que se pretende abarcar bajo el mismo nombre situaciones jurídicas ontológicamente diversas. Por ejemplo, se pretende considerar como lesión al derecho a la imagen el “comprometer la credibilidad de un ente público”¹¹, o afectar “el buen andamiaje de la Administración Pública”¹² o “al prestigio de la administración”¹³. Sin embargo, los actos descritos constituyen una lesión al derecho a la identidad de la persona jurídica, pues no se afecta la semejanza física, sino la proyección social del Estado. La protección de la imagen pública debe ser garantizada, pero solo en tanto la Administración Pública, como persona jurídica pública, tiene una propia identidad. Una vez conseguida esta identidad, debe ser reconocida y mantenida por sus funcionarios¹⁴.

La experiencia jurídica italiana ha abordado este problema en reiteradas oportunidades¹⁵. Si bien principalmente se hace referencia al derecho a la imagen de la persona jurídica, en realidad se trata del derecho a la identidad. Así, se afirma que “la doctrina y la jurisprudencia predominantes frecuentemente han vinculado el daño a la imagen a la comisión de delitos, sea propios, como aquellos típicamente configurados, como delitos contra la Administración Pública, cometidos necesariamente por sujetos relacionados a la administración; sea comunes, por ejemplo, los delitos con contenido sexual, que pueden ser cometidos por cualquier sujeto físico”¹⁶.

11 Antonio MUSIO, *op. cit.*, 28.

12 Wanda CORTESE, *op. cit.*, 164.

13 Riccardo URSI, *op. cit.*, 333.

14 Wanda CORTESE, *op. cit.*, 179.

15 Tribunal de Palermo, Sentencia N° 733, del 11 de enero de 2001; Corte de Cuentas, Región Lazio, Sentencias N° 698 y N° 2246; Corte de Cuentas, Región Umbria, Sentencias N° 38 y N° 39, Corte de Cuentas, Región Puglia, Sentencia (f.3, 146). Citadas por Wanda CORTESE, *op. cit.*

16 Wanda CORTESE, *op. cit.*, 129.

El derecho a la identidad de la personas jurídica en la jurisprudencia peruana

El Juzgado Colegiado de Camaná, en un proceso por el delito de peculado seguido contra el Alcalde del Centro Poblado Menor de la Punta, para apropiarse de la cantidad de S/ 19,224.68 de la caja del municipio, ha señalado lo siguiente:

La responsabilidad Civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado implica a nivel no patrimonial un daño a la persona, concretamente una lesión a su derecho de identidad, lo que el funcionario público lesiona es la institucionalidad, entendida como un atributo básico del Estado de derecho, en el cual sus órganos y representantes tienen el imperativo de actuar en pos de bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos.

El derecho a la identidad es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática). Este derecho está reconocido en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú, lo que se afecta en el derecho a la identidad pública de una persona jurídica es la proyección social del Estado, por lo tanto debe ser indemnizado.

Fuente: Sentencia del Juzgado Colegiado de Camaná N° 34, del 7 de junio de 2016.

2.3. La afectación a los derechos humanos tras un acto de corrupción y sus posibilidades de reparación

La corrupción no solo puede lesionar los bienes jurídicos de carácter penal vistos en abstracto, sino que puede llegar a repercutir en la afectación de los derechos humanos de la población. En tal sentido, conviene analizar la relación existente entre la corrupción y la afectación de derechos humanos.

Como es sabido los derechos humanos pueden ser definidos como aquellas garantías legales universales que protegen a los individuos y los grupos contra aquellos actos de los gobiernos que interfieren con los derechos fundamentales y la dignidad humana. Los derechos humanos obligan a los gobiernos a hacer algunas cosas y les impide hacer otras¹⁷.

La comisión de actos de corrupción posee la potencialidad de causar una vulneración de los derechos humanos. De este modo se pueden plantear dos formas de afectación generadas por los delitos vinculados a actos de corrupción en perjuicio de los derechos humanos: una afectación de tipo directa y otra de tipo indirecta. La afectación directa se produce cuando un acto de corrupción supone de por sí, el incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos¹⁸. La afectación indirecta, por su parte, se produce cuando el acto corrupto conduce a una serie de acontecimiento que, finalmente, llevan al incumplimiento de la obligación de respetar, proteger y contribuir con la realización de uno o más derechos fundamentales¹⁹.

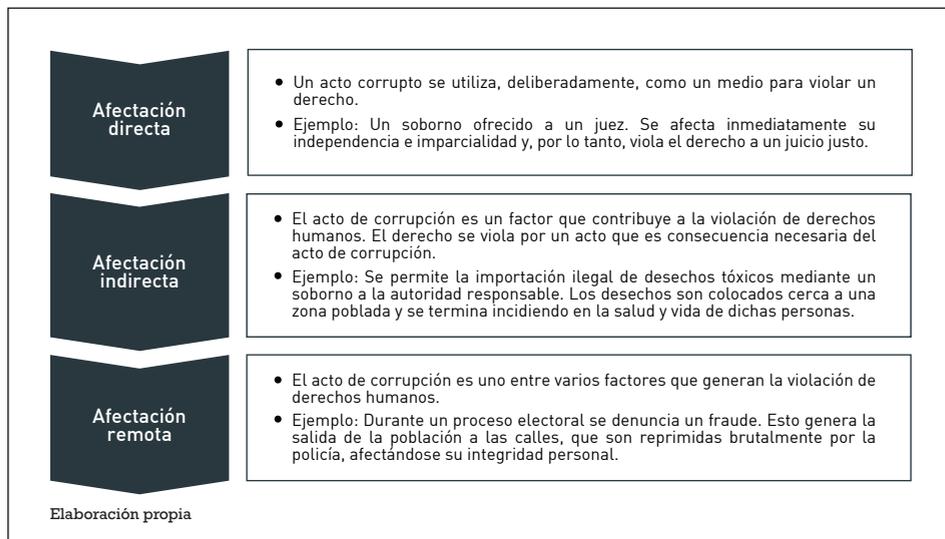
En la misma línea, el International Council on Human Rights Policy ha establecido tres niveles de afectación de derechos humanos por un acto de corrupción²⁰:

17 Naciones Unidas, Derechos Humanos y Aplicación de la Ley, Nueva York y Ginebra, 2004, 13.

18 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Defensoría del Pueblo, Ética Pública y Prevención de la Corrupción, Documento Defensorial N° 12, Defensoría del Pueblo, Lima, 2010, 6.

19 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *op. cit.*, 32.

20 INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY. La Corrupción y los Derechos Humanos:



Asimismo, el International Council on Human Rights Policy ha desarrollado un esquema para identificar una vulneración de derechos humanos tras un acto de corrupción. De esta manera se han establecido los siguientes pasos²¹:

- a. Identificar el acto corrupto.
- b. Determinar el tipo de acto corrupto del que se trata.
- c. Identificar al perpetrador.
- d. Identificar las obligaciones de derechos humanos del Estado.
- e. Establecer cuáles fueron los actos o las omisiones exigidas por el ordenamiento que el Estado realizó o se abstuvo de realizar.
- f. Identificar a la víctima o víctimas.
- g. Identificar quién era el titular del o los derechos humanos en cuestión.
- h. Identificar el daño.
- i. Establecer si el daño sufrido por la víctima se debe al incumplimiento por parte del Estado de sus deberes de respetar, proteger o garantizar los derechos humanos en cuestión.
- j. Evaluar el vínculo causal entre el acto o la práctica corrupta y el daño o perjuicio causado.

21 Estableciendo el Vínculo. Versoix: International Council on Human Rights Policy, 2009, 32. INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *op. cit.*, 34.

Estos elementos, como se verá más adelante, se asemejan a un análisis propio de la responsabilidad civil, y podrían dar lugar a un agravamiento de la misma. Ello en la medida que la reparación debe ser sustantivamente incrementada si se demuestra que como consecuencia del acto corrupto se produce la lesión o la vulneración de un derecho humano determinado. Este supuesto se encuadra perfectamente como un criterio de cuantificación de la reparación a pagar en lo referente al criterio de la gravedad del daño producido.

Es importante tener presente que lo dicho aplica para el Estado, y no para los titulares de los derechos humanos lesionados, pues estos titulares podrán solicitar su propia pretensión resarcitoria por los específicos derechos humanos lesionados a ellos en particular y ya no al Estado mismo.

Los derechos humanos como un elemento que incrementa la responsabilidad civil

El Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, utilizó como criterio de motivación el impacto que tuvieron las infracciones administrativas en el derecho de la población a recibir un servicio público asistencial de calidad. Así, la resolución señala en su numeral 5.34 que:

A mayor abundamiento, este Colegiado debe señalar que para el caso que nos ocupa el cumplimiento de la finalidad pública que revestía la adquisición de leche fresca de vaca para el Programa de Vaso de Leche resulta trascendental, toda vez que conforme al Artículo 6 de la Ley N° 27470, modificada por la Ley N° 27712, dicho Programa tiene como beneficiarios a niños de 0 a 6 años, madres gestantes y en período de lactancia, y en la medida en que se cumpla con la atención a la población antes mencionada, a niños de 7 a 13 años, ancianos y afectados por tuberculosis. En tal sentido, correspondía a los administrados asegurar en su condición de integrantes del Comité Especial, el cumplimiento del producto adquirido con los valores nutricionales, condiciones de procesamiento así como la experiencia del postor que resulte adjudicatario, entre otros, para asegurar la eficiencia de la contratación de leche fresca de vaca, lo que no se verificó en la presente controversia conforme ha sido demostrado en los apartados precedentes (subrayado del autor).

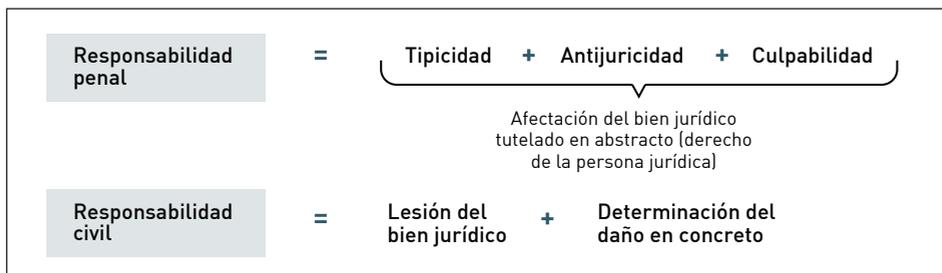
Fuente: Resolución N° 074-2015-CG/TSRA del 3 de setiembre de 2015.

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 culposa. 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 dañoso, 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 nexos causal: Es la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.

El objeto del nexos 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.

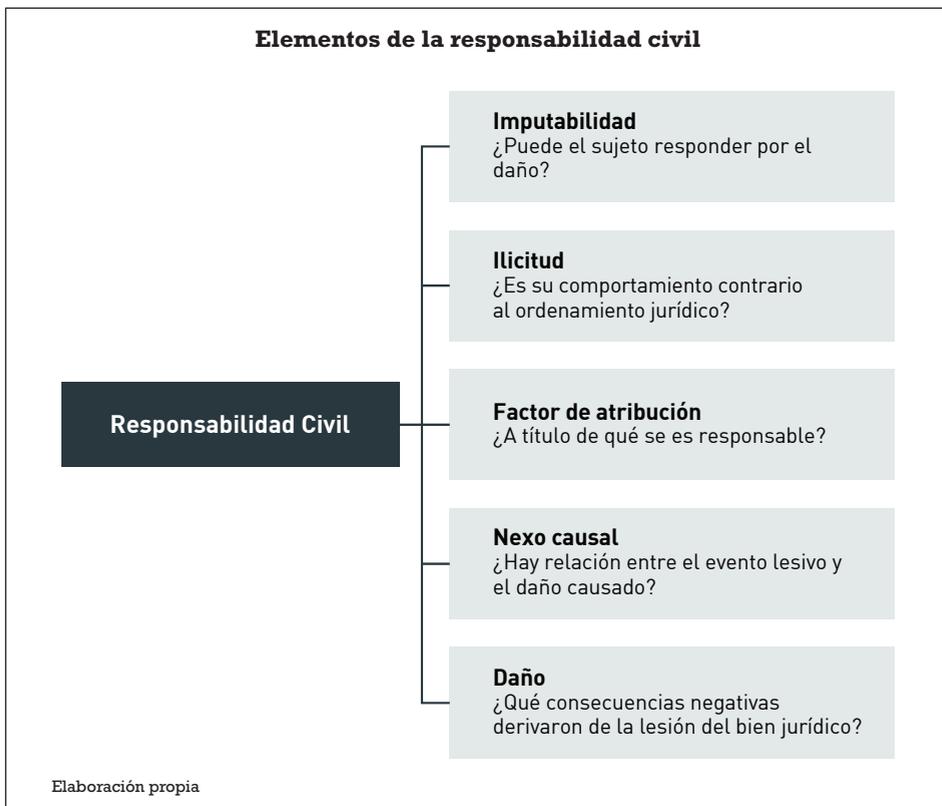
43 Giovanni Battista FERRI, *op. cit.*, 148.

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 prescriptorio**, mientras la acción en el régimen de responsabilidad contractual tiene un plazo prescriptorio de 10 años, en la responsabilidad extracontractual el plazo prescriptorio 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)

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 el daño 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

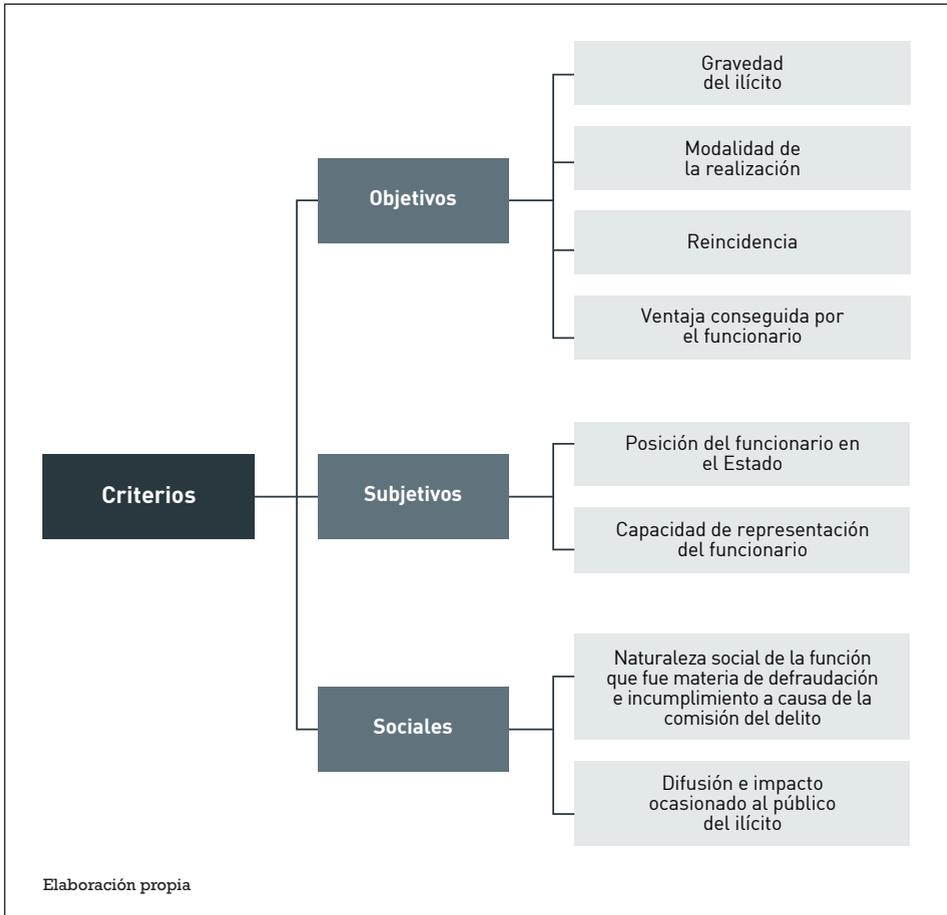
en la estructura administrativa y que frente a los ciudadanos es un personaje anónimo. Evidentemente ambos responderán, pero el papel mediático y de representación del primero frente al segundo debe ser tomado en cuenta para efectos de la imposición de la responsabilidad civil que corresponda.

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 extraneus 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 extraneus 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 extraneus 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 extraneus 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 extraneus.
- 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 extraneus, 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.

4.2.4. Aplicación de los criterios en casos prácticos

A partir de lo expuesto, hemos visto por conveniente elaborar un cuadro detallando las variables que le dan contenido a cada criterio y que son de imprescindible análisis en el proceso de determinación del daño extrapatrimonial al Estado. Las variables elegidas nos permitirán calificar cada caso según el grado de intensidad en la afectación del bien jurídico, pudiendo ser estos de gravedad alta, media o baja. Respecto de los criterios objetivos, se ha tomado como guía el monto referencial u observable de la operación económica para estimar la gravedad del hecho; para el criterio subjetivo se ha considerado la ubicación del sujeto imputado dentro de la entidad estatal; y, finalmente, para el análisis de los criterios sociales, hemos visto por conveniente considerar dos variables, el fin social afectado por el hecho ilícito y el nivel de impacto mediático del mismo.

Cabe precisar que el cuadro tiene como eje central la cuantificación del daño extra patrimonial, considerando que este aspecto de la reparación civil presenta mayor grado de dificultad para su determinación.

Criterios para la determinación del *quantum* indemnizatorio por daño extrapatrimonial

Daño extrapatrimonial (Afectación del derecho a la identidad institucional del Estado)				Calificación del ilícito según gravedad
CRITERIOS PARA DETERMINAR EL DAÑO EXTRA-PATRIMONIAL	Criterios Objetivos	Gravedad del Ilícito (Monto referencial o valor observable)	Alta	De S/ 10,001 soles hasta más.
			Media	De S/ 1,001 hasta S/ 10,000 soles
			Baja	De 0 soles hasta S/ 1, 000 soles.
	Criterios Subjetivos	Ubicación del sujeto imputado en la entidad estatal	Alta	Presidente de la República, Congresistas, Ministros de Estado, Miembros del Tribunal Constitucional, Miembros del CNM, Magistrados de la Corte Suprema, Fiscales Supremos, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República, Presidentes de las Cortes Superiores y Fiscales, Decanos de la Región, Presidentes Regionales, Alcaldes Provinciales, funcionarios elegidos por elección popular, designados con resolución y/o de Alta Dirección, Director General y tenientes generales de la PNP y Comandantes Generales de la FFAA.
			Media	Jefes de las áreas de las entidades públicas, funcionarios electos a nivel distrital, magistrados superiores y provinciales, jueces, oficialía mayor del congreso, oficiales superiores de la FFAA y PNP (Cr.L. y Gral.)
			Baja	Funcionarios y servidores contratados bajo cualquier modalidad (276, 728, CAS y todo aquel que se encuentre comprendido en el Art. 425° del Código Penal siempre que no tengan un poder de decisión y no se encuentren comprendidos en el criterio de mediana o alta gravedad.

	Criterios Sociales	Difusión e Impacto mediato del hecho	Alta	Cobertura periodística de la información a nivel nacional y/o internacional . Difusión en cuatro plataformas: -Televisión. -Radio. -Medios impresos (periódico, revistas, semanarios). -Medios digitales.		
			Media	Cobertura periodística de la información a nivel regional y provincial. Difusión en cuatro plataformas: -Televisión. -Radio. -Medios impresos (periódico, revistas, semanarios). -Medios digitales.		
			Baja	Cobertura periodística de poca información.		
	Finalidad social (Derechos vulnerados con relación al servicio público afectado)			Alta	Servicios de salud, seguridad social	Ministerio de Salud, Seguro Integral de Salud, Hospitales y Centros de Salud, Gov. Regionales y Locales, etc.
					Servicios de educación	Ministerio de Educación, PRONIED, UGEL, Gov. Regionales y Locales, etc.
					Servicios de Justicia, Seguridad y Protección del Ambiente	Ministerio Público, Poder Judicial, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia, MINAM, MINAGRI, MINDEF, Gov. Regionales y Locales, etc.
Media				Infraestructura en saneamiento (agua, desagüe y energía eléctrica) Infraestructura vial	Ministerio de Vivienda, MTC, Energía y Minas, Gov. Regionales y Locales, etc.	
Baja	Otros servicios afectados (comunicaciones, turismo, etc.)	Las demás instituciones que resulten competentes.				

Ahora bien, una vez determinado el nivel de gravedad del hecho ilícito, corresponde realizar el ejercicio de estimación o determinación del monto de la reparación civil que por concepto de daño extrapatrimonial exigiremos en cada caso. Para dicho propósito, se plantea un cuadro de parámetros con montos mínimos y máximos estructurados según el nivel de gravedad con el que ha sido calificado cada hecho, con ello se busca reducir el margen de discrecionalidad de los abogados para estimar la pretensión económica por concepto de daño extrapatrimonial, pero sobre la base de criterios objetivos y razonables. Para esta parte del ejercicio, es fundamental haber identificado previamente el monto del daño patrimonial o valor observable.

Parámetros para medir el monto de reparación civil por daño extrapatrimonial según el nivel de gravedad del ilícito penal y el valor observable (Afectación del derecho a la identidad institucional del Estado)			Graduación del daño extrapatrimonial según gravedad del hecho ilícito en función de los criterios objetivos, subjetivos y sociales			Daño efecto (perjuicio)
			Baja	Mediana		
Hecho ilícito	Parámetros de la cuantía según la gravedad del hecho ilícito	Baja Gravedad	De S/. 0.00 Soles hasta S/. 1,000.00 Soles	En ningún caso se solicitará como monto de reparación civil menor a S/. 3,000.00 Soles.		
		Mediana gravedad	De S/. 3,001.00 Soles hasta S/. 10,000.00 Soles	S/. 3,001.00 Soles	De S/. 3,002.00 Soles hasta S/. 6,000.00 Soles	De S/. 6,001.00 Soles hasta S/. 10,000.00 Soles
	Alta gravedad	De S/. 10,001.00 Soles hasta S/ 100,000.00 Soles	De S/. 10,001.00 Soles hasta S/. 30,000.00 Soles	De S/. 30,001.00 Soles hasta S/. 60,000.00 Soles	De S/. 60,001.00 Soles hasta S/. 100,000.00 Soles	
		De S/. 100,001.00 Soles hasta S/. 1'000,000.00 de Soles	De S/. 100,001.00 Soles hasta S/. 300,000.00 Soles	De S/. 300,001.00 Soles hasta S/. 600,000.00 Soles	De S/. 600,001.00 Soles hasta S/. 1'000,000.00 de Soles	
		De S/. 1'000,001.00 Soles hasta S/. 10'000,000.00 de soles	De S/. 1'000,001.00 Soles hasta S/. 3'000,000.00 de Soles	De S/. 3'000,001.00 Soles hasta S/. 6'000,000.00 de Soles	De S/. 6'000,001.00 Soles hasta S/. 10'000,000.00 de Soles	
		De S/ 10'000,001.00 Soles hasta más	De la misma manera se procederá con las demás cifras y/o montos según la gravedad del hecho ilícito calificado en función del valor observable.			

Elaboración propia.

¿A tomar en cuenta:

- **La duda favorece al Estado.** En caso exista duda en la calificación del ilícito como baja o de mediana gravedad, se optará por calificar como de mediana gravedad. Si hubiese duda en la calificación del caso como de mediana o alta gravedad, se optará por calificar el ilícito como de alta gravedad. La duda o conflicto en la aplicación de criterios siempre debe favorecer los intereses del Estado.
- **Mínima Intervención.** En atención al principio de mínima intervención, en ningún caso la reparación civil a favor del Estado deberá ser menos a S/ 3,000.00 soles.
- **Relatividad de los criterios.** Los criterios establecidos son referenciales, están sujetos a la particularidad de cada caso, buscan reducir el margen de discrecionalidad en el proceso de determinación de la reparación civil por concepto de daño extrapatrimonial. En casos donde no exista monto observable como base para la determinación del daño extrapatrimonial y los criterios no faciliten un apropiado proceso de determinación del monto, se sugiere recurrir a los principios de equidad y proporcionalidad, así como también a las reparaciones civiles ya otorgadas por el Poder Judicial en casos similares.

Caso 1: Delito de Colusión

Hechos del caso

Se atribuye a los imputados haberse coludido en su condición de funcionarios de la Unidad de Gestión Educativa N° 03, ubicada en la Avenida Militar N° 214, Distrito de Lince, con la señora Vitalina Huayhualla Mendoza en la construcción de un ambiente, invocando una **inexistente situación de urgencia**, para la implementación de **oficinas de drywall de una dimensión de 209.38 metros cuadrados aproximadamente**, habiéndose reunido antes con Marco Antonio Arriaga la Rosa y Víctor Alberto Flores Cobeñas en tres oportunidades para dicho efecto.

Así, en concreto, en el **mes de julio de 2012** el acusado Arriaga la Rosa, ante la necesidad de un ambiente más amplio, se reunió con la proveedora Huayhualla Mendoza en presencia de Flores Cobeñas, entonces jefe del Área de Gestión Administrativa. El primero, en ejercicio de sus facultades, contrató con la segunda con el objeto que realice la habilitación y construcción de ambientes en la azotea del tercer piso de la sede principal de la UGEL N° 03 en el distrito de Lince, para trasladar al personal que se encontraba en un inmueble arrendado y cuyo plazo de arrendamiento había vencido. Dicha construcción se debía realizar con los recursos de la proveedora y posteriormente, la entidad reembolsaría los costos y el pago de la obra. No obstante, los acusados Arriaga la Rosa y Flores Cobeñas no iniciaron expediente técnico, no gestionaron el requerimiento del área usuaria, no presupuestaron la obra a realizar y tampoco gestionaron el pago oportuno a favor de la proveedora.

Una vez culminada la obra y recepcionada el 3 de Setiembre de 2012 por el Sr. Flores Cobeñas, y dada la falta de pago, la Señora Huayhualla exigió al director Arriaga La Rosa mediante cartas simples y notariales, que cumpla con el pago de la obra la cual ascendería a S/ 280, 880.22. Sin embargo, **la acusada emitió cotizaciones falsas y facturas falsas a fin de llegar a referido monto, siendo el verdadero valor de la obra es de S/ 129, 798.50.**

Al no haberse consignado el pago de la obra dentro del presupuesto del año 2012, se acordó con que se realizarían varios pagos por montos menores a 3 UITs, utilizando para el cobro a las distintas personas jurídicas (empresas) que registraba la acusada. Para esto, el acusado Ruiz Rojas autorizó 15 órdenes de servicio del 28 de diciembre del 2012 al 26 de marzo del 2013, **totalizando más de S/ 129, 798.20** (monto estimado real) a nombre de las referidas empresas. Asimismo, Ruiz Rojas autorizó 12 comprobantes consignando **“Mantenimiento y Adecuación de la UGEL 3”**, utilizando para ello el presupuesto del año 2013, cuando dichos **servicios nunca se prestaron en dicho año**, sino que se trató de un ardid para cancelar el pago de la obra realizada por Huayhualla Mendoza el año 2012.

El Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia condenatoria y la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la misma Corte confirmó la misma, condenándose a los imputados Marco Antonio Arriaga La Rosa, Víctor Alberto Flores Cobeñas y Luis Guillermo Ruiz Rojas en calidad de autores del delito contra la Administración Pública, **Colusión en agravio del Estado**, imponiéndoseles a cada uno cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida

en su ejecución por tres años y de otro lado se condena a Vitaliana Eladia Huayhualla Mendoza como cómplice primario del delito de colusión simple imponiéndosele el castigo de 04 años de pena privativa de la libertad.

Aplicación de los criterios para la determinación del *quantum* indemnizatorios

Paso 1: Determinación del nivel de gravedad del hecho ilícito (baja, media o alta), aplicando los criterios de determinación del daño extrapatrimonial.

- **Gravedad del ilícito (criterio objetivo):** en el presente caso el valor o monto referencial a tomar en consideración es el costo de la obra realizada el mismo que asciende a S/ 129 798.50 soles. Por tanto, consideramos que dada la importancia del monto señalado el caso califica como uno de gravedad alta, ello en atención a las escalas aprobadas por la procuraduría, según las cuales, todo hecho que tenga un valor observable superior a los diez mil soles calificará como un caso de **alta gravedad**.
- **Posición del funcionario en la entidad estatal (criterio subjetivo):** en el presente caso, según los hechos expuestos, los autores del delito imputado desempeñaban las siguientes funciones dentro del aparato estatal:
 - » **Marco Antonio Arriaga la Rosa (en calidad de coautor)** desempeñaba el **cargo público de Director de la UGEL N° 3**.
 - » **Víctor Alberto Flores Cobeñas (coautor)** desempeñaba el cargo de Jefe de Oficina de Gestión Administrativa de la UGEL N°3.
 - » **Guillermo Ruíz Rojas (coautor)** desempeñaba el cargo de Jefe de oficina de Gestión Administrativa de la UGEL N°3.
 - » **Vitalina Eladia Huayhualla Mendoza (cómplice primario)** Gerente General de las empresas Lina Vic Contratistas Generales SAC, Celina SAC, Linavic Contratistas Generales SAC, Corporación Vitahuay y Vic Lima EIRL. En este caso evidentemente no nos encontramos frente al ejercicio de un cargo público.

En ese sentido, los imputados ocupaban importantes cargos públicos, cumpliendo funciones en la UGEL N° 3 de Lince, siendo que uno de ellos ocupaba el puesto principal jerárquicamente de **director**, mientras los otros dos ocuparon los cargos de Gestión Administrativa. Con lo cual los sentenciados tenían los cargos de confianza claves para la administración de los recursos de la UGEL N° 3. De acuerdo con la clasificación de puestos o cargos desempeñados dentro de la administración pública, elaborado por la procuraduría, el hecho califica, en base a dicho criterio, como un caso de **gravedad alta**. La procuraduría en estos casos sigue el criterio de que **cuanto mayor es el cargo público ocupado dentro de la administración, mayor es el grado de responsabilidad y mayor el daño a la identidad institucional** del Estado.

- **Relevancia social de la finalidad institucional de la entidad afectada (criterio social):** este criterio nos permite calificar el caso según la trascendencia del fin social que cumple la entidad pública en la cual ha recaído la conducta o ilícito imputado. La corrupción afecta derechos fundamentales,

por lo tanto, si los hechos se producen en el ámbito de una institución pública que tiene como finalidad prestar servicios públicos orientados a desarrollar o cautelar derechos fundamentales, estos merecerán ser calificados como muy graves. La educación es sin duda un derecho fundamental en el que el Estado aún tiene una enorme brecha que cubrir para llegar a un nivel de desarrollo aceptable. En consecuencia, los actos de corrupción que se cometen en este importante sector del Estado, impactan negativamente recortando el derecho de acceso a una buena educación pública, dicho daño, de acuerdo a los criterios desarrollados por la procuraduría, es calificado como **muy grave**.

- **Difusión o impacto mediático del hecho ilícito (criterio social):** En el presente, caso si bien las acciones delictivas del imputado no llegaron a tener una difusión mediática de alcance nacional, los hechos materia de delito se refieren a la ejecución de una obra efectuada de forma irregular dentro de la UGEL, es decir sin cumplir con los procedimientos de contratación pública establecidos por la ley afectando con ello la los interese relacionados a la educación de la comuna de Lince. La ausencia de difusión del caso permite que, en este ítem, el caso califique como de baja gravedad.

En atención al *Principio de favorabilidad*, cuando el caso registra dos o más criterios que lo califican como de **alta gravedad**, el caso quedará calificado como muy grave en términos de afectación a la identidad institucional del Estado.

Determinada la calificación del caso como uno de alta gravedad, corresponde ahora estimar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial, para ello ubicaremos en el caso en la escala de montos mínimos y máximos según el nivel de gravedad del hecho ilícito.

Paso 2: Determinación del monto del daño extrapatrimonial utilizando los parámetros de la cuantía establecida según el nivel de gravedad del hecho ilícito.

Según los hechos expuestos, el monto y/o cuantía observable de la obra o servicio como referencia el monto de S/ 129 798.50 soles. Según el cuadro de parámetros de cuantía, en todo hecho calificado como muy grave que tenga como valor observable un monto superior a los 100 mil soles, el *quantum* del daño extrapatrimonial se estimará entre 600 mil y un millón de soles. Para el caso concreto la defensa del Estado ha estimado en **600 mil soles** el monto de reparación civil por concepto de daño extrapatrimonial. No se aplica el tope máximo toda vez que no concurre una de las variables de los criterios sociales (impacto mediático). Dicho monto deberá ser pagado de manera solidaria entre los imputados: Marco Antonio Arriaga la Rosa, Víctor Alberto Flores Cobeñas, Guillermo Ruíz Rojas y Vitalina Eladia Huayhualla Mendoza por el delito de colusión simple en agravio del Estado Peruano.

Parámetros para fijar la cuantía del daño extrapatrimonial según la calificación de gravedad del hecho ilícito según el valor observable (Afectación del derecho a la identidad institucional del Estado)				Graduación del daño extrapatrimonial según gravedad del hecho ilícito en función de los criterios objetivos, subjetivos y sociales			Daño efecto (perjuicio)
				Baja	Mediana	Alta	
Hecho Ilícito	Parámetros de la cuantía según la gravedad del hecho ilícito	Baja Gravedad	De S/ 0.00 soles hasta S/ 1,000,00 soles	En ningún caso se solicitará como monto de reparación civil menor a S/ 3,000 soles.			S/ 600,000 Soles en forma solidaria.
		Mediana Gravedad	De S/ 3, 001.00 Soles hasta S/ 10, 000.00 soles	S/ 3,001.00 soles	De S/ 3,002.00 hasta S/ 6,000.00 soles	De S/ 6001.00 hasta S/ 10,000.00 soles	
		Alta Gravedad	De S/ 10, 001.00 Soles hasta S/ 100,000.00 de soles.	De S/ 10,001 hasta S/ 30,000.00 soles.	De S/ 30,001 hasta S/ 60,000.00 soles	De S/ 60,001 hasta S/ 100,000.00 soles	
			De S/ 100,001.00 hasta S/ 1'000,000.00 de soles	De S/ 100,001 hasta S/ 300,000.00 soles	De S/ 300,001 hasta S/ 600,000.00 soles	De S/ 600,001 hasta S/ 1'000,000.00 soles	
			De S/ 1'000,001.00 hasta S/ 10' 000,000.00 de soles	De S/ 1'000,001 hasta S/ 3'000,000.00 soles	De S/ 3'000,001 hasta S/ 6'000,000.00 soles	De S/ 6'000,001 hasta S/ 10'000,000.00 soles	
		De S/ 10'000,001.00 hasta más	De la misma manera se procedería con las demás cifras y/o montos según la gravedad del hecho ilícito calificado en función del valor observable.				

Elaboración propia

Caso 2: Delito de Peculado

Hechos del caso

El imputado se desempeñó como Jefe del Órgano de Control Institucional de la Fuerza Aérea del Perú en el periodo de noviembre 2003 a diciembre 2004, conforme la Resolución de Contraloría N° 200-2003-CG, del 27 de junio de 2003. En esta línea, ostentaba la función de administrar la unidad asignada a su cargo, con sujeción a las políticas y normas de la entidad; asimismo, de acuerdo a la Directiva FAP N° 170-31 tenía como función la administración, registro, custodia y rendición de cuentas del Fondo Para Pagos en Efectivo, para el periodo comprendido entre noviembre 2003 a julio de 2004. De igual modo conforme a la Directiva FAP N° 170-3, le correspondían las mismas funciones para el periodo comprendido entre el 31 de agosto y diciembre de 2014. El peculado materia de condena se produjo cuando De Souza Peixoto Zumaeta solicitó la autorización de la apertura del FPPE, el cual, de acuerdo a las Normas Generales de Tesorería, estaba constituido por dinero en efectivo del tesoro público, destinado sólo a gastos urgentes y menudos tales como refrigerios, movilidad, portes, y otros gastos de la misma naturaleza. Con conocimiento de la finalidad de dicho fondo, ordenó se realicen compras indebidas hasta por el monto de S/. 65 614.77 soles para beneficio propio dilapidando así los recursos del erario público.

El Segundo Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió sentencia condenatoria, que fue confirmada por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la misma Corte condenándose al imputado Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto de Zumaeta por la comisión del delito de peculado a 4 años de pena privativa de libertad suspendida por un período de prueba de 3 años.

Determinación del daño patrimonial

El primer daño a analizar en la fijación de la reparación civil es la determinación del daño patrimonial en contra del Estado. En el caso de los delitos vinculados a actos de corrupción lo regular es que el daño producido en términos patrimoniales se trate por lo general de un daño emergente, es decir de la reducción del patrimonio del Estado en una cantidad determinada.

En cuanto a la reparación del daño emergente, el criterio a aplicar es bastante claro. En el caso concreto, el agraviado constituido en actor civil, debe solicitar una reparación monetaria equivalente al monto dinerario sustraído de la esfera del Estado. Esto no es más que una expresión de la lógica reparatoria de la responsabilidad civil que consiste en poner al sujeto dañado en el mismo estado en el que se encontraba antes de la producción del daño.

A pesar de la claridad del criterio a utilizarse para la reparación del daño emergente, en el caso bajo análisis, ambas instancias judiciales han inaplicado tal pauta básica. Así, tanto el Juzgado como la Sala Penal han determinado que el monto de la reparación en lo que respecta al concepto de daño emergente a causa del peculado sea la suma de S/ 65 000.00 soles.

El monto fijado constituye un error pues durante el proceso se determinó que la cantidad sustraída a causa del peculado ascendía en estricto a la suma de S/ 65 614.77 soles, a saber, el siguiente detalle:

- Por concepto de consumo se sustrajo la suma ascendente a S/ 35 113.28.
- Por concepto de abarrotes se sustrajo la suma S/ 28 392.04.
- Por concepto de boletas falsificadas se sustrajo la suma de S/ 2109.45.

En tal sentido, la reparación civil por concepto de daño emergente no debió fijarse en S/ 65, 000.00, pues no se trata de redondear la cifra a favor del imputado sino en la estricta restitución de lo sustraído ilegalmente. De este modo, la suma por daño emergente debió ascender a S/ 65 614.77.

Aplicación de los criterios para la determinación del *quantum* indemnizatorios

Paso 1: Determinación del nivel de gravedad del hecho ilícito (baja, media o alta), aplicando los criterios de determinación del daño extrapatrimonial.

- **Gravedad del ilícito (criterio objetivo):** El valor o monto referencial a tomar en consideración es determinado por el monto del daño patrimonial: S/ 65, 000.00 Soles. Por tanto, considerando que el valor observable del daño patrimonial es superior a los 10 mil soles, el caso califica, en razón de este criterio, como un caso de **gravedad alta**.
- **Posición del funcionario en la entidad estatal (criterio subjetivo):** en el presente caso el imputado era el jefe responsable de la Unidad, así como el encargado de la administración y custodia del dinero. El imputado no está comprendido dentro de la lista de altos funcionarios, pero sí como un funcionario de nivel intermedio. Por ello, el caso califica como uno de **mediana gravedad**. Es importante tener en cuenta que, por la función desempeñada, esto es, jefe de un órgano de control institucional, responsable de velar por el correcto uso de los recursos públicos dentro de la Fuerza Área del Perú, el caso representa un nivel de afectación importante a la identidad institucional del sistema de control del Estado. La Procuraduría en estos casos sigue el criterio de que cuanto mayor es el cargo público ocupado dentro de la administración, mayor es el grado de responsabilidad y mayor el daño a la identidad institucional del Estado.
- **Relevancia social de la finalidad institucional de la entidad afectada (criterio social):** En el presente caso, es evidente que un hecho de corrupción que afecta directamente la función de un órgano de control de los recursos públicos de las Fuerzas Armadas que tienen como finalidad la seguridad de nuestro territorio, constituye un hecho sumamente grave, en consecuencia, en el presente caso califica como un hecho de **gravedad alta** por cuanto recae en el ámbito de competencia de una entidad pública que cumple un rol fundamental en la lucha contra la corrupción y que trasciende por cuanto pone en riesgo las labores de control dentro de una institución militar que tiene como finalidad brindar seguridad al país.
- **Difusión o impacto mediático del hecho ilícito (criterio social):** En el presente caso si bien las acciones delictivas del imputado no llegaron a tener una difusión mediática de alcance nacional, los hechos materia de delito se refieren a la apropiación de fondos públicos del Estado destinados a las labores

de control del gasto público de la Fuerza Área del Perú, que tiene como finalidad ejercer la defensa de nuestra soberanía. En aplicación estricta de este criterio social, que busca calificar el caso según el impacto generado a través de los medios de comunicación, el caso califica como uno de **baja gravedad**.

En atención al principio de favorabilidad, cuando el caso registra dos o más criterios que lo califican como de alta gravedad, el caso quedará calificado como muy grave en términos de afectación a la identidad institucional del Estado. En el presente caso, el hecho ilícito registra dos variables que lo califican como muy grave (por el valor observable y la finalidad social de la entidad), una variable que lo califica como medianamente grave y una variable que le otorga la calificación de baja gravedad. En estos casos, la variable que predomina es la de alta gravedad, por dicha razón el caso queda calificado como tal.

Determinada la calificación del caso como uno de alta gravedad, corresponde ahora estimar el *quantum* indemnizatorio por concepto de daño extrapatrimonial, para ello ubicaremos en el caso en la escala de montos mínimos y máximos según el nivel de gravedad del hecho ilícito.

Paso 2: Determinación del monto del daño extrapatrimonial utilizando los parámetros de la cuantía establecida según el nivel de gravedad del hecho ilícito.

Según los hechos expuestos, el valor observable del daño patrimonial es de S/ 65 614.77. De acuerdo con el cuadro de parámetros de cuantía, todo hecho calificado como muy grave que tenga como valor observable un monto comprendido entre los 10 mil y los 100 mil soles, el *quantum* del daño extrapatrimonial, se estimará en los extremos de 60 mil a 100 mil soles el monto de reparación civil por concepto de daño extrapatrimonial. En el presente caso, considerando que solo en dos variables o criterios el caso calificó como muy grave, se fija en el extremo mínimo, esto es, en 60 mil soles. A ello deberá sumarse el monto del daño patrimonial, que para este caso ha quedado establecido en S/ 65 614.77. Siendo el monto final por concepto de reparación civil la suma de S/ 125 615.77 (CIENTO VEINTE Y CINCO MIL SEISCIENTOS QUINCE SOLES con 77 /100) que deberá ser pagado por el imputado Hernán Eduardo Javier De Souza Peixoto a favor del Estado Peruano.

Parámetros para fijar la cuantía del daño extrapatrimonial según la calificación de gravedad del hecho ilícito según el valor observable (Afectación del derecho a la identidad institucional del Estado)				Graduación del daño extrapatrimonial según gravedad del hecho ilícito en función de los criterios objetivos, subjetivos y sociales			Daño efecto (perjuicio)
				Baja	Mediana	Alta	
Hecho ilícito	Parámetros de la cuantía según la gravedad del hecho ilícito	Baja Gravedad	De S/ 0,00 soles hasta S/ 1,000,00 soles	En ningún caso se solicitará como monto de reparación civil menor a S/ 3,000 soles.			S/ 60,001 soles
		Mediana Gravedad	De S/ 3,001.00 soles hasta S/ 10,000.00 soles	S/ 3,001.00 soles	De S/ 3,002.00 hasta S/ 6,000.00 soles	De S/ 6001.00 hasta S/ 10,000.00 soles	
		Alta Gravedad	De S/ 10,001.00 soles hasta S/ 100,000.00 de soles	De S/ 10,001 hasta S/ 30,000.00 soles	De S/ 30,001 hasta S/ 60,000.00 soles	De S/ 60,001 hasta S/ 100,000.00 soles	
			De S/ 100,001.00 hasta S/ 1'000,000.00 soles	De S/ 100,001 hasta S/ 300,000.00 soles	De S/ 300,001 hasta S/ 600,000.00 soles	De S/ 600,001 hasta S/ 1'000,000.00 soles	
			De S/ 1'000,001.00 hasta S/ 10'000,000.00 de soles	De S/ 1'000,001 hasta S/ 3'000,000.00 soles	De S/ 3'000,001 hasta S/ 6'000,000.00 soles	De S/ 6'000,001 hasta S/ 10'000,000.00 soles	
			De S/ 10'000,001.00 hasta más	De la misma manera se procedería con las demás cifras y/o montos según la gravedad del hecho ilícito calificado en función del valor observable.			

Elaboración propia



Conclusiones

1. Tanto en las denuncias penales, como en las acusaciones fiscales y en las sentencias, abogados, fiscales y jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendiendo que la reparación civil es un mero apéndice de la identificación del tipo penal. Tal entendimiento es erróneo pues el análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad civil, por ello es imperativo efectuarlo.
2. En los delitos de corrupción el titular del bien jurídico es la Administración Pública o el Estado. Esto es posible porque nuestro ordenamiento jurídico le reconoce a la persona jurídica la titularidad tanto de derechos fundamentales (a nivel constitucional), como de derechos patrimoniales y no patrimoniales (a nivel de derecho civil). Ello lleva como correlato que, en el ámbito civil, si se lesionan estos derechos, la persona jurídica es titular del derecho a la reparación.
3. No solo es un imperativo ético, sino también una obligación del empleado público, el ser honesto, a efectos de generar en la colectividad confianza y credibilidad en la Administración Pública: la razón de ser de esta prescripción es la tutela de la identidad institucional del Estado.
4. La responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado, implica -a nivel no patrimonial- un daño a la persona, concretamente: una lesión a su derecho a la identidad. En efecto, lo que el funcionario público lesiona es la “institucionalidad”, entendida como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes, tienen el deber de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos.
5. Los delitos de corrupción también pueden causar una afectación directa o indirecta en desmedro de los derechos humanos de la ciudadanía y de la población nacional, sobre todo en aquellos casos en los que se involucre la perturbación de los servicios públicos, contrataciones estatales, programas de asistencia social entre otros. En estos casos, las víctimas tienen el derecho a demandar una pretensión indemnizatoria propia por los daños generados en su esfera personal.
6. La responsabilidad civil por daño a la identidad del Estado no solo deriva de un delito, sino también de una infracción disciplinaria. Al respecto, de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N° 27785, del 22 de julio de 2002, la naturaleza de la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos por daño al Estado (incluida la derivada de los delitos de corrupción) es contractual. Por el contrario, si la lesión a la identidad del Estado proviene de un sujeto cualquiera, la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito de corrupción en el cual ha incurrido, será extra-contractual.
7. No se puede establecer responsabilidad solidaria a dos sujetos que, desde el punto de vista civil, han incurrido en responsabilidad contractual (el funcionario público), y responsabilidad en extracontractual (*extraneus*). Lo que se debe hacer es individualizar las responsabilidades y los correspondientes montos indemnizatorios.

En los actos de corrupción el particular también es actor. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, se genera una concausa que, de acuerdo al artículo 1326 del Código Civil, genera una redistribución de los costos reparatorios a asumirse. La principal carga resarcitoria corresponde, en principio al *intraneus*, quien es el que tiene la obligación de actuar con probidad, en tanto parte integrante del aparato estatal. La responsabilidad del *extraneus*, siempre en principio y de acuerdo al delito que se tipifique, hace que se atenúe (no elimine) la obligación indemnizatoria del *intraneus*. La responsabilidad del funcionario será de naturaleza contractual, mientras que la diferencia la asume el particular extracontractualmente.

8. Se debe tener en cuenta, a efectos de determinar el *quantum* del daño a la persona del Estado que existen tres tipos de factores, que surgen como criterios indispensables para la determinación del resarcimiento. Estos deben ser aplicados de manera coordinada y conjunta:
 - a. **Objetivos:** Referidos a las características de la comisión del delito. Son la gravedad del ilícito cometido, la modalidad de su realización, la eventual reiteración y la medida de la ventaja conseguida por el funcionario.
 - b. **Subjetivos:** Referidos a las características del agente del delito. Son la ubicación del sujeto agente en la organización administrativa y su capacidad de representar la administración.
 - c. **Sociales:** Referidos al impacto en la sociedad. Son la capacidad exponencial del ente, la relevancia de las funciones desenvueltas y el impacto ocasionado al público del por su difusión.

Glosario

1. **ANTI JURICIDAD:** Conducta que contraviene una norma penal, civil y/o administrativa.
2. **BIEN JURÍDICO TUTELADO:** Valor protegido, en los delitos contra la administración pública es el “correcto funcionamiento de la administración pública y de sus funcionarios”.
3. **CULPA:** Omisión de la conducta debida para prevenir y evitar el daño.
4. **DAÑO A LA PERSONA:** Daño al sujeto pasivo.
5. **DAÑO EMERGENTE:** Pérdida o menoscabo efectivo producido en el patrimonio o bienes de una persona como consecuencia de un acto u omisión ilícita civil. Se caracteriza por ser un daño cierto y actual.
6. **DAÑO MORAL:** Es el dolor, la angustia, la aflicción física o espiritual, la humillación, y, en general, los padecimientos que se han infligido a la víctima.
7. **DAÑO EXTRAPATRIMONIAL:** Es el daño no patrimonial a los sujetos de derecho, comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al daño moral.
8. **DAÑO PATRIMONIAL:** Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada.
9. **DEBER DE LEALTAD:** Fidelidad del funcionario público sobre el correcto desenvolvimiento en los procedimientos de la administración de justicia, como obligación de cualquier agente de anteponer los intereses de su principal a los propios.
10. **DEBER DE PROBIDAD:** Implica que la conducta del funcionario debe apegarse en todo momento a postulados de transparencia, rendición de cuentas, honradez, rectitud, respeto, discreción, integridad, imparcialidad, lealtad, espíritu de servicio, buena fe, en todos los procedimientos de la administración de justicia.
11. **DELITO PLURIOFENSIVO:** Hace referencia a la afectación de más de un bien jurídico al mismo tiempo.
12. **DERECHO A LA IDENTIDAD:** Facultad de toda persona natural o jurídica en la que se tutela su confianza y credibilidad, en los delitos de corrupción inmersos dentro de la Administración de justicia.
13. **DERECHO A LA IMAGEN:** Facultad de toda persona natural o jurídica en la que se tutela la semblanza física o externa, protegiéndola a efectos que su reproducción sea exacta sin que se extraiga de su contexto y sin que sufra alteraciones, en los delitos de corrupción inmersos dentro de la Administración de justicia.
14. **DERECHO AL HONOR:** Facultad de toda persona natural o jurídica en la que se tutela y reconoce a la persona (en tanto un valor en sí misma y depositaria de una especial dignidad), y frente a ello se la protege respecto de los juicios de valor que se puedan hacer de ella. El honor puede ser subjetivo (cuando el juicio de valor lo hace la propia persona) denominado también honra, y objetivo (cuando el juicio de valor lo hace la colectividad).

15. **DOLO:** Conocimiento y voluntad deliberada de cometer un acto ilícito.
16. **ÉTICA PÚBLICA:** Desempeño de los empleados públicos basado en la observancia de valores, principios y deberes que garantizan el profesionalismo y la eficacia en el ejercicio de la función pública.
17. **ESTADO DE NECESIDAD:** Cuando una persona para proteger un bien jurídico y evitar un mal propio o ajeno menoscaba otro bien jurídico, cuyo daño no puede ser mayor al que intenta evitar.
18. **EXTRANEUS:** Ajeno, extraño, tercero a la administración pública pero inmerso en un proceso penal. Su participación solo puede ser en calidad de cómplice.
19. **FACTOR DE ATRIBUCIÓN:** Supuesto justificante para determinar responsabilidad del sujeto, imputación al dañador. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos.
20. **FRACTURA CAUSAL:** Conducta que no llega a causar daño.
21. **INTERÉS PARA OBRAR:** Aptitud para accionar de las partes procesales e ingresar y, entablar la relación jurídica procesal. Establecer la capacidad del accionante como demandante o como demandado.
22. **INTRANEUS:** Sujeto activo calificado en los delitos contra la administración pública: el funcionario público.
23. **LEGITIMIDAD PARA OBRAR:** Capacidad o facultad de los sujetos procesales para poder demandar ante la administración de justicia.
24. **LUCRO CESANTE:** Consiste en un cese en la percepción de ganancias futuras previsible a consecuencia del daño ocasionado.
25. **NEXO CAUSAL:** Vinculación directa entre el hecho producido y el daño generado. Causa efecto que existe en un acto ilícito y el daño.
26. **SUJETO PASIVO:** El sujeto pasivo del delito es el titular del interés jurídico lesionado o puesto en peligro. Se le llama también víctima u ofendido y es sobre quien recae el delito o la lesión jurídica.

Bibliografía

Libros

AAVV

1991 *Giurisprudenza di Diritto Privato*, anotada por Guido ALPA, vol. I, Giappichelli, Torino.

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel.

2003 *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima.

ARIANO DEHO, Eugenia

2003 *Problemas del Proceso Civil*, Jurista Editores, Lima.

BIANCA, Massimo.

1994 *Diritto Civile, 5, La Responsabilità*, Giuffrè, Milano

BIANCHI, Ranieri

2010 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.

CASTRO TRIGOSO, Nelwin.

2005 *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.

CORTESE, Wanda

2004 *La responsabilità per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*, CEDAM, Padova.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2010 Defensoría del Pueblo, Ética Pública y Prevención de la Corrupción, Documento Defensorial N° 12, Defensoría del Pueblo, Lima.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos

1985 *"El daño a la persona en el Código Civil de 1984"*. En *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, Cultural Cuzco, Lima.

FERRI, Giovanni Battista

1985 "Oggetto del diritto della personalità e danno non patrimoniale". En BUSNELLI, Francesco y SCALFI, Gianguido, *Le pene private*. Giuffrè, Milán.

FRANZONI, Massimo

2004 “La correttezza e la buona fede”. En: *FRANZONI, Massimo. Le obbligazioni, I. Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*. UTET, Torino.4

GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino

2016 *La Reparación Civil en el Proceso Penal Análisis Doctrinario y Jurisprudencial*, Tercera Edición, Instituto Pacífico, Lima.

2012 *El Ministerio Público y la Reparación Civil proveniente del Delito*. En: Ministerio Público y Proceso Penal Anuario de Derecho Penal.

INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY.

2009 *La Corrupción y los Derechos Humanos: Estableciendo el Vínculo*. Versoix: International Council on Human RightsPolicy.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis.

1979 *Filosofía del Derecho*, 5a edición, Bosch, Barcelona.

MENGONI, Luigi

1988 “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”. En: *Enciclopedia del Diritto*, XXXIX, Giuffrè, Milano.

MUSIO, Antonio

2012 “Profili civilistici del danno all’immagine delle persone giuridiche”. En: *AVERSANO, Francesco; LAINO, Aurelio; y MUSIO, Antonio. Il danno all’immagine. Profili civilistici, penalistici ed erariali*, Giappichelli Editore, Torino.

NACIONES UNIDAS

2004 *Derechos Humanos y Aplicación de la Ley*, Nueva York y Ginebra.

RAVAZZONI, Alberto

29189 *Diligenza, Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Giuridica fondata da Giovanni Treccani, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

2992 *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, vigésima primera edición, Madrid, 1992.

REALE, Miguel.

1979 *Filosofía del Derecho1. Introducción filosófica general*. Traducido por Angel HERREROS SANCHEZ y revisado por Jaime BRUFAU PRATS, Pirámide, Madrid, 1979

RODOTÀ, Stefano

1969 *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano.

ROJAS VARGAS, Fidel

207 *Delitos contra la Administración Pública*, Cuarta Edición, Grijley, Lima.

SCOGNAMIGLIO, Renato

1968 “Responsabilità Civile”. En: *Novissimo Digesto Italiano*, XV, UTET, Torino, 1968.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2011 *Delitos contra la Administración Pública*, Segunda edición, Iustitia-Grijley, Lima.

SALVI, Cesare.

1998 *La Responsabilità Civile*, Giuffrè, Milano.

TRIMARCHI, Pietro

1967 *Causalità e danno*, Giuffrè, Milano.

URSI, Riccardo

2001 “Danno all’immagine e responsabilità amministrativa”, En: *Diritto amministrativo*. Rivista Trimestrale. Año IX, fascículo 1, Giuffrè, Milano.

VON LISZT, Franz.

1884 *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin u. Leipzig,

Decisiones de tribunales peruanos

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

2002 Resolución No. 883-2002-CPC

CORTE SUPREMA

2011 Resolución de Casación del Expediente No. 2673-2010-Lima.

Primer Juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo

2011 Resolución No. 60.

Sala Especializada en lo Civil y Afines de la Corte Superior de Justicia de Ucayali

2012 Resolución No. 11.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

2012 Sentencia del Expediente No. 0017-2011-AI-PI/TC

2006 Sentencia del Expediente No. 4972-2006-PA/TC

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

2015 Resolución N° 074-2015-CG/TSRA



ANEXOS



Anexo 1: Modelo de escrito para solicitar reparación civil

A continuación encontrará un modelo de escrito para solicitar reparación civil frente a un proceso por delito de corrupción. El formato de escrito tiene secciones en blanco para que se complete lo referente a cada caso. Asimismo, en el acápite 6, se han dejado los operadores jurídicos deberán seleccionar qué párrafos les resulta pertinentes, según el tipo de caso del que se trate (responsabilidad contractual del funcionario público, responsabilidad extracontractual del *extraneus*, o responsabilidad solidaria en casos de coautoría).

Expediente:

Sumilla: **SOLICITO CONSTITUCIÓN EN ACTOR CIVIL**

SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

....., Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción, identificado con DNIN°..... y designado mediante Resolución Suprema N°....., publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el; en la investigación preliminar seguida contra por el presunto delito contra la administración pública - en agravio del Estado; a usted respetuosamente digo:

I. PETITORIO

Que, la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción es competente para asumir la defensa del Estado en el presente proceso, debido a que se habría causado agravio al Estado y su tutela, en razón de la especialidad, es competencia de esta Procuraduría; en tal sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47° de la Constitución Política del Perú, concordante con los artículos 98° y ss. del Código Procesal Penal, los incisos 1 y 2 del artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1068, Ley del Sistema de la Defensa Jurídica del Estado y los artículos 40° y 41° de su Reglamento, Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, **solicito se nos constituya en actor civil**, en atención a que cumplimos con los requisitos legales exigidos; y, solicito, que de no haber oposición a nuestro pedido, su digno despacho **se aparte del Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116** y nos constituya sin necesidad de audiencia.

II. RELATO CIRCUNSTANCIADO DE LOS HECHOS E IMPUTADOS

A través de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, de fecha....., se imputa:

(Transcribir la conducta imputada)

III. JUSTIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN CIVIL

Conforme a la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la conducta del procesado habría causado:

3.1. Daño patrimonial contra el Estado, al haber disminuido el patrimonio del Estado en la suma de..... (describir brevemente la cantidad materia de la apropiación o de provecho por daño emergente).

3.2. Daño extrapatrimonial al Estado, al atentar contra el derecho a la identidad institucional en la medida en que se arroja una falsa luz y un juicio de valor negativo sobre el recto y normal funcionamiento de la administración pública en el ámbito de..... por lo cual consideramos que la suma a indemnizar asciende a.....

En ese sentido, en el presente proceso penal la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción, representante del agraviado, ejerciendo sus derechos, persigue la imposición de una reparación civil justa, proporcional y racional a favor del Estado. Por lo que sumando los montos anteriormente mencionados fijamos la pretensión indemnizatoria total en la suma de.....

No obstante, nos reservamos el derecho de ampliar la pretensión indemnizatoria puesto que la pretensión definitiva puede ser precisada en la etapa intermedia, cuando contemos con el total de elementos de convicción que la sustenten, los cuales serán ofrecidos como medios probatorios al absolver el traslado de la futura acusación.

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Conforme al artículo 47° de la Constitución Política, la defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. Para el caso específico de los delitos contra la administración pública resulta innegable que el agraviado es el **Estado**.

4.2. Según el artículo 94° del Código Procesal Penal, "(...) [s]e considera agraviado a todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo". Seguidamente, la norma adjetiva precisa que "[t] ratándose de incapaces, de personas jurídicas o del **Estado, su representación corresponde a quienes la Ley designe**".

4.3. En ese sentido, el artículo 40° del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068, Ley de defensa Jurídica del Estado, precisa que "**[l]os Procuradores Públicos Especializados** ejercen la defensa jurídica del Estado en las investigaciones preliminares y/o preparatorias, procesos judiciales, procesos de pérdida de dominio, y demás procesos relacionados y/o derivados

de la comisión de presuntos delitos que vulneran bienes jurídicos cuya lesividad afecta directamente los intereses del Estado, como son los (...) **delitos de corrupción (...)**¹.

- 4.4. Por tanto, queda claro que –conforme al artículo 46° del Reglamento– “[e]l Procurador Público Especializado en delitos de corrupción interviene en las investigaciones preliminares, investigaciones preparatorias y procesos judiciales por la comisión de los ilícitos penales contemplados en las **secciones II, III y IV del Capítulo II del Título XVIII del Libro Segundo del Código Penal**, como consecuencia de una denuncia de parte, el conocimiento de una noticia criminal o por la intervención del Ministerio Público (...)”
- 4.5. Respecto a nuestros derechos como agraviados, el tercer párrafo del artículo IX del Título Preliminar del CPP establece que, “(...) [e]l 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”. Por tanto, en nuestra calidad de representantes del agraviado, nos corresponde ser informados oportunamente y participar activamente desde los actos de indagación preliminar, dentro del **marco de derechos** conferidos por el artículo 95° del CPP².
- 4.6. Finalmente, en relación al conflicto de competencias que se genere ante la **concurencia de otra procuraduría pública**, la Corte Suprema, mediante **Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116**, ha dejado sentado como doctrina legal que la defensa del Estado no puede recaer en más de una procuraduría pública, en tanto se trate del mismo hecho dañoso, toda vez que lo contrario importaría una

1 Según el artículo 41° del citado Reglamento, el procurador público especializado tiene las siguientes atribuciones:

1. Participar en las investigaciones preliminares o preparatorias llevadas a cabo por el Ministerio Público o la Policía Nacional del Perú, pudiendo ofrecer pruebas y solicitar la realización de actos de investigación, así como intervenir en las declaraciones de testigos y en las demás diligencias de investigación, sin menoscabo de las funciones y acciones que corresponden al Ministerio Público.
2. Interponer recurso de queja contra la resolución del Fiscal que deniega la formalización de denuncia penal e intervenir en el procedimiento derivado de la misma ante el Fiscal Superior. Todas las decisiones que se dicten en este procedimiento le serán notificadas.
3. Interponer los remedios y recursos impugnatorios ordinarios y extraordinarios que la Ley faculta.
4. Solicitar se dicten toda clase de medidas cautelares limitativas de derechos e intervenir en los incidentes referidos a su modificación, ampliación o levantamiento, e intervenir en los incidentes de excarcelación del imputado.
5. Las dependencias públicas deberán dar respuesta bajo responsabilidad a los requerimientos del Procurador Público para proporcionar información y/o documentación necesarias para el cumplimiento de sus funciones.”

2 Artículo 95° del CPP: Derechos del agraviado:

“(…)”

- a. A ser informado de los resultados de la actuación en que haya intervenido, así como del resultado del procedimiento, aun cuando no haya intervenido en él, siempre que lo solicite;
- b. A ser escuchado antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal, siempre que lo solicite;
- c. A recibir un trato digno y respetuoso por parte de las autoridades competentes, y a la protección de su integridad, (...).
- d. A impugnar el sobreseimiento y la sentencia absolutoria.
“(…)”

afectación al principio de igualdad y podría devenir en una ineficaz defensa de los intereses jurídicos del Estado.

En el caso de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción su competencia y legitimidad para representar al Estado en las investigaciones y procesos judiciales por delitos contra la administración pública ha sido fijada por la ley. No obstante, ante cualquier conflicto o duda respecto a ello, deberá de oficiarse al **Consejo de Defensa Jurídica del Estado** del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a efectos que lo resuelva.

4.7. Finalmente, precisamos que, a través de la presente solicitud cumplimos con los requisitos exigidos por el artículo 100° del Código Procesal Penal, esto son:

1. Que se haga por medio de escrito ante el Juez de la Investigación Preparatoria,
2. Que se indique la entidad agraviada y su representante legal,
3. Que se indique el nombre del imputado,
4. Que se relate de manera circunstanciada del delito,
5. Que se expongan las razones que justifican la pretensión y
6. Que se adjunte la prueba documental que acredite el derecho.

Asimismo, se presenta esta solicitud en la oportunidad concedida por el artículo 101° del citado código.

V. EN RELACIÓN A LA FORMA DE CONSTITUCIÓN DEL ACTOR CIVIL

5.1. Si bien el artículo 102°.2 del CPP deriva el trámite de la constitución del actor civil al regulado en el artículo 8° del citado cuerpo legal, debe tenerse en cuenta que la naturaleza de la audiencia de medios técnicos de defensa, implica que el fiscal debe de defender su formalización de investigación preparatoria (ejercicio de la acción penal) frente a la cuestión previa, cuestión prejudicial o excepciones deducidas por la defensa del imputado. En cambio, en la solicitud de constitución en actor civil (que contiene la acción civil), mientras no exista oposición de los sujetos procesales, no cabe debate alguno, pues el juzgador tan sólo tendrá que –analizando la documental– evaluar si el solicitante cuenta o no con legitimidad y, consecuentemente, **no se requiere de una audiencia para resolver ello.** Circunstancia diferente se presenta si, dentro del plazo del traslado, alguno de los sujetos procesales se opone por escrito a la solicitud de constitución del actor civil o si hubiere duda respecto a la legitimidad del solicitante, casos en los cuales la realización de la audiencia se torna necesaria.

5.2. El fundamento 19 del **Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116** señala que: “(...) el trámite de la constitución en actor civil tendría que realizarse necesariamente mediante audiencia, en cumplimiento de los principios procedimentales de oralidad y publicidad, y el principio procesal de contradicción establecidos en el artículo 1.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal”. Discrepamos de este criterio, pues es alejado de la realidad e inconveniente para la práctica judicial, toda vez que, ante la ausencia de oposición de los sujetos procesales a la solicitud de constitución del actor civil se aprecia que en estas audiencias:

- i. no existe contradictorio y, por tanto, la “oralidad” se limita a una exposición –a modo de informe– unilateral del agraviado frente al juez de investigación preparatoria, estando presente el fiscal tan solo para dar su conformidad con lo expuesto;
 - ii. se afecta la labor de los representantes del Ministerio Público, pues éstos tienen que trasladarse desde sus oficinas hasta la sede del juzgado para presenciar esta “audiencia”, distrayendo valioso tiempo y recursos que bien pudieran dedicarle a la investigación de esta y de otras causas;
 - iii. estas audiencias sin oposición –que son la amplia mayoría– conlleva a la saturación de las escasas salas de audiencia del órgano jurisdiccional, con la consecuencia de generar que otras audiencias o juicios se programen en fechas remotas;
 - iv. genera costos horas-hombre tanto para el Poder Judicial, como para el Ministerio Público y para el propio agraviado (como es el caso de las Procuradurías Públicas);
 - v. genera costos y el destino innecesario de recursos logísticos; entre otras repercusiones nada convenientes para el sistema de administración de justicia, con el peligro que el sistema colapse en poco tiempo.
- 5.3. Corresponde, además, desvirtuar lo dicho por quienes sustentan en los principios de oralidad y publicidad la obligatoriedad de la audiencia de actor civil en la que no existe oposición. En primer término, por el **principio de oralidad**³ el juzgador –en un contexto acusatorio– resuelve en base a lo debatido y acreditado en la audiencia respectiva, pues ello acarrea transparencia, humaniza el conflicto y agiliza el proceso. Pero en el caso sub-análisis dichas ventajas no se presentan, pues muy por el contrario, el desarrollo de una audiencia de constitución del actor civil sin oposición acarrea saturación de los despachos judiciales y afectación de las funciones de los sujetos procesales, siendo, por ende, innecesaria. En segundo término, ¿la no realización de audiencia afectaría el **principio contradictorio**⁴? Si no hay oposición contra la solicitud del actor civil la audiencia que se realice carecerá de debate alguno, a lo que debe aunarse que el juez cumple con garantizar el respeto del principio contradictorio cuando notifica debidamente a los sujetos procesales con dicha solicitud, independientemente de que éstos se opongan al pedido del agraviado, pues el principio contradictorio importa que se le den a las partes la posibilidad de contradecir sus pretensiones. Finalmente, no vemos cómo es que la no realización de esta audiencia pueda afectar el **principio de publicidad**⁵, pues las partes tienen pleno conocimiento –por notificación judicial– de la presentación de la solicitud del actor civil y, luego, de la decisión

3 NEYRA FLORES, José Antonio (2010). Manual del nuevo proceso penal y litigación oral, editorial Idemsa, Lima, Perú, pp. 141-147; SALAS BETETA, Christian (2011). El proceso penal común, editorial Gaceta Jurídica, Lima, Perú, pp. 58-59.

4 GIMENO SENDRA, Vicente y otros (1997). Derecho Procesal Penal, tomo I, editorial Colex, Madrid, España, p. 56; CHAMORRO BERNAL, Francisco (1994). La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivadas del artículo 24.1 de la Constitución, editorial Bosch, Barcelona, España, p. 142.

5 PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo (2005). Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal, editorial Temis, Bogotá, Colombia, p.30; DEVIS ECHANDÍA, Hernando (1984). Teoría general del proceso, tomo I, editorial Universidad SRL, Buenos Aires, Argentina, p. 25.

del juzgador. Mal se hace en partir de la tajante premisa de que los principios de oralidad y publicidad son aplicables a todo pedido o requerimiento de las partes en el proceso, pues, existen en el mismo CPP circunstancias que –por razones de urgencia, utilidad y economía procesal– permiten prescindir de audiencias, como por ejemplo: el embargo, la confirmación judicial, supuestos de tutela, etc.

- 5.4. La decisión judicial que se pronuncia –sin previa audiencia– sobre la solicitud de constitución del actor civil (cuando no hay oposición) no afecta, en modo alguno, el **derecho de defensa**⁶ de la persona contra quien se dirige la acción civil (imputado o tercero civil) ni el **principio de igualdad procesal**⁷, pues éstos tienen conocimiento –por notificación judicial– de la existencia de dicho pedido desde el momento de su presentación y tienen la oportunidad para oponerse a dicha solicitud en el plazo legal. Por lo que, si no lo hacen en su momento carece de sentido llevar a cabo una audiencia para resolver un pedido sin contradicción. Y, en el supuesto que el imputado hubiera querido oponerse a la constitución del actor civil, pero no presentó su oposición en el tiempo señalado por ley y no se pudo oponer por escrito, opera el principio de preclusión. Lo contrario, o sea permitirle al imputado oponerse recién en la audiencia sería atentar contra los derechos del agraviado, pues éste no habría tenido la posibilidad de conocer los fundamentos de esa sorpresiva oposición y, consecuentemente, ello atentaría contra el principio de igualdad procesal y constituiría un ejemplo claro de garantismo irracional.
- 5.5. Cabe advertir que esta posición ya ha sido admitida en el subsistema anticorrupción⁸ y en otros distritos judiciales como el Callao, Amazonas, Abancay y Cajamarca. Decisiones jurisdiccionales que han declarado fundada la solicitud de constitución en actor civil presentadas por la Procuraduría Pública Especializada sin previa audiencia, tras verificarse la ausencia de oposición, apartándose del referido Acuerdo Plenario N° 5-2011/CJ-116. En suma, señor juez, atendiendo a los argumentos expuestos, solicitamos a su Judicatura que se aparte del citado fundamento del acuerdo plenario y una vez corrido traslado de nuestro pedido y verificada la ausencia de oposición, resuelva sin audiencia la presente solicitud de constitución en actor civil, a fin que se nos permita colaborar con el esclarecimiento del hecho delictivo y la intervención de su autor o participe, y acreditar la reparación civil que pretendemos, conforme a las atribuciones conferidas por el artículo 105° del código adjetivo.

VI. ANÁLISIS DEL JUICIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad penal producida por la comisión de delitos contrarios a la administración pública constituye una institución completamente diferente de la responsabilidad civil generada por los daños derivados de dichos delitos. Por lo tanto, es necesario desarrollar un juicio autónomo sobre la responsabilidad civil en el caso en concreto. En tal sentido, procedemos a realizar dicho análisis.

6 MAIER, Julio B. J. (1995). Derecho procesal penal argentino, tomo I, volumen B, segunda edición, editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, p. 307; SAN MARTÍN CASTRO, César (2003), Derecho Procesal Penal, volumen I, editorial Grijley, Lima, Perú, p. 122; SALAS, C., ob cit, pp. 50-56; NEYRA, J. op cit, pp. 193-208.

7 SALAS, C., op cit, p. 57.

8 Resolución N° 2, de fecha 17 de abril de 2013, Expediente N° 00068-2012-1-1826-JR-PE-0, 1° Juzgado de Investigación Preparatoria – Lima.

6.1. Del Hecho Generador del Daño

La responsabilidad civil de los imputados pasa en principio por verificar la comisión u omisión de una conducta dañosa y atentatoria de los derechos de otro sujeto. En tal sentido como consta en la denuncia..... los sujetos activos denunciados han incurrido en el tipo penal de.....regulado por el artículo..... del Código Penal, comportamiento que a modo síntesis de lo ya vertido en la denuncia respectiva consistió en.....

De este modo se ha verificado la producción de una serie de comportamientos dañinos que tienen como agentes activos a los señores.....y como agente pasivo al Estado en particular a la entidad.....

Como se aprecia además de los hechos descritos en este caso se ha configurado la presencia activa de agentes externos a la función pública también denominados extraneus que han sido partícipes en la producción de los daños generados a través de la comisión del ilícito penal perpetrado por el agente activo. De este modo se ha verificado la producción de un comportamiento dañino que tiene como agente activo a..... y a partícipes en calidad de extraneus a..... y como agente pasivo al Estado en particular a la entidad.....

Habiéndose verificado el comportamiento dañoso procedamos a analizar el régimen de responsabilidad civil aplicable al caso en concreto.

6.2. De la Responsabilidad Civil aplicable al Caso en Concreto

6.2.1. Del Régimen de Responsabilidad Contractual del Funcionario público

En la medida en que los hechos imputados implican la violación de un deber funcional por parte de los sujetos activos quienes ostentaban la calidad de servidores o funcionarios públicos el régimen de responsabilidad civil aplicable será el régimen de **responsabilidad contractual** o también denominado responsabilidad por inexecución de obligaciones el mismo que se encuentra comprendido entre los artículos 1314 al 1332 del Código Civil.

A ello hay que agregar que la responsabilidad civil de los funcionarios públicos está regulada en forma específica por la **Novena Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N° 27785, del 22 de julio de 2002**, la misma que define lo referente a la responsabilidad civil de los servidores y funcionarios públicos, señalando de forma clara que:

“Novena.- Definiciones Básicas”

Constituyen definiciones básicas para efectos de esta ley, las siguientes

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”.

Por lo tanto, es claro que por propia indicación de la ley la responsabilidad civil del funcionario público se analiza bajo la normativa de la responsabilidad contractual.

6.2.2. De la Responsabilidad Extracontractual del Extraneus

Para efectos de determinar la responsabilidad civil del extraneus es fundamental recurrir a un breve análisis de la doctrina penal en lo relativo a las consecuencias jurídicas penales que debe asumir el extraneus por la comisión del delito de función. A nivel de responsabilidad penal, la doctrina no se pone de acuerdo ya, que se contraponen las siguientes teorías:

- **La teoría de la ruptura del título de imputación**, “según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los intranei; por lo tanto, los extranei solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurren (“cada uno responde por su propio injusto”)”. Como ejemplo se pone el caso del peculado: el intraneus con dominio del hecho es sujeto activo del delito de peculado (ex artículo 387 del Código Penal) y el extraneus será autor o cómplice del delito hurto (ex artículo 185 del Código Penal). Viceversa, el extraneus con dominio del hecho es sujeto activo del delito de hurto (ex artículo 185 del Código Penal) y el intraneus “colaborador” es partícipe del delito de peculado (ex artículo 387 del Código Penal). La consecuencia es que “teóricamente siempre habría impunidad del extraneus, pues no existe un delito común subyacente a este” y además “el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, pues en los casos en que quien tuvo dominio de hecho fue el intraneus, la punibilidad del partícipe extraneus no va a depender del “hecho principal” punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el “delito común”). Y también, al revés”.
- **La teoría de la unidad del título de imputación**, “para esta tesis, el extraneus sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como “autor” del delito especial impropio, nada impide que lo pueda ser como “cómplice” o “instigador” de ese mismo delito. También al extraneus se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente es en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos”.
- **La teoría de la lesión del deber**, propugnada por Claus Roxin, el cual “distingue entre “delitos de dominio” y “delitos de deber”. En los primeros, el legislador presupone el “dominio” de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro, o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal va dirigido a la infracción de un deber específico del sujeto activo, sea como lo realice. Luego, solamente para los primeros sería necesario partir del criterio “dominio del hecho” para distinguir entre autor y cómplice; en cambio, en los segundos lo que interesa para la autoría es la “infracción del deber”, independientemente de si ontológicamente pueda hablarse de un dominio de hecho o no”.

Frente a estas teorías compartimos que “la base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la “unidad del título de imputación”.

Autor del hecho solamente podrá ser el intraneus (funcionario público con el deber funcional específico) quien, en el sentido del verbo rector típico, haya realizado los hechos con “dominio el hecho”. Los extranei participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho. Si el dominio del hecho lo tuvo el extraneus y el intraneus no, este será partícipe del delito común que haya cometido aquél”.

Habiendo analizado el panorama doctrinal en términos penales, la repercusión de esta reflexión en el área de la responsabilidad civil consiste en la imposición de un régimen de responsabilidad civil para los extraneus diferente al de los funcionarios denunciados. En tal sentido estos últimos deberán responder por su participación en la producción de los daños derivados del delito de función pública, bajo el régimen de responsabilidad extracontractual. De este modo resulta de aplicación lo establecido por el artículo 1978 del Código Civil el mismo que establece claramente que:

***Artículo 1978.**- También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias.*

Sobre la base de este artículo queda claro que la responsabilidad civil del extraneus es una responsabilidad civil del extraneus es una responsabilidad de tipo mancomunada. Sin embargo, por disposición del artículo 95 del Código Penal, la responsabilidad derivada de la comisión de un ilícito penal, es solidaria. En tal sentido, consideramos que los agentes extraneus que en estos casos son y deben responder por la suma ascendente apor los daños cometidos en agravio del Estado.

6.2.3. De la Responsabilidad Solidaria en casos de Coautoría

Dado que en el presente caso la producción de los daños involucra la intervención de más de un agente activo el escenario legal producido es el de la pluralidad de causantes. La consecuencia jurídica en términos de responsabilidad civil vendrá a ser la forma legal en que responden todos los causantes por los daños generados en contra del Estado. Habiendo analizado previamente que al ser los coautores servidores y funcionarios públicos su responsabilidad se mide bajo el régimen de responsabilidad contractual y no bajo el régimen de responsabilidad extracontractual es importante hacer la diferencia de tratamientos. De este modo en la responsabilidad extracontractual ante un caso de coautoría opera el régimen de solidaridad establecido por el artículo 1983 del Código Civil el mismo que establece que:

***“Artículo 1983.**- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales”.*

Cuando en cambio la participación de los otros sujetos implica una incitación o una ayuda a la producción del daño su responsabilidad se regula de acuerdo a un régimen mancomunado establecido por el juez. Así lo señala el artículo 1978:

***“Artículo 1978.**- También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias”.*

Sin embargo como ya lo hemos dejado por sentado al tratarse la responsabilidad civil de los funcionarios públicos una responsabilidad por inejecución de obligaciones no es aplicable el régimen antedicho y se hace necesario proceder a la aplicación del régimen general del libro de obligaciones el mismo que en su **artículo 1183** establece que:

“Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa”.

En tal sentido, solo si la ley o el título de la obligación lo establece la responsabilidad será solidaria. En el caso de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos, existe además de la regulación general de la responsabilidad contractual la ya mencionada regulación especial de la **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República N° 27785**, la misma que establece en su disposición novena que la responsabilidad de los funcionarios en caso de pluralidad de causantes es solidaria. En el caso en concreto los denunciados deben responder por el monto indemnizatorio de modo solidario, reclamándose a cada uno por el pago íntegro de dicha suma.

Dicho esto procedemos a fundamentar la concurrencia de los elementos propios del juicio de responsabilidad a efectos de justificar la imposición del resarcimiento solicitado.

6.3. De la Imputabilidad de los Autores del Hecho Dañoso

El primero de los elementos a analizar en el juicio de responsabilidad civil es la imputabilidad de los autores del daño. En este sentido se ha establecido que para que una determinada persona responda por los daños generados en contra de otro se debe evaluar si este agente contaba con la capacidad requerida por la ley para asumir las consecuencias dañosas de su comportamiento

Así, el artículo 1974 del Código Civil establece que la capacidad requerida a un sujeto para imponer una responsabilidad de tipo civil es la capacidad de discernimiento o también denominada capacidad natural. Si bien dicha norma se encuentra comprendida en el régimen de responsabilidad extracontractual por igualdad de razones nada impide su aplicación extensiva o a simili en los casos de responsabilidad contractual. En estricto el dispositivo legal señalado establece claramente que:

“Artículo 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que **haya actuado con discernimiento (...)**”

En consecuencia toda persona que cometa un ilícito civil encontrándose en plena capacidad de discernimiento esta obliga a responder por los daños cometidos. De este modo la única capacidad que se requiere para la asunción de responsabilidad civil es la capacidad de entender y querer denominada en otros términos como el discernimiento del agente imputado.

En el caso en concreto consideramos que los sujetos activos del delito han contado en el momento de la comisión del hecho delictivo con la capacidad natural o de discernimiento necesaria para responder por los perjuicios derivados de sus actos por lo que se corrobora el cumplimiento del requisito de la imputabilidad.

6.4. De los Daños producidos en contra del Estado

El siguiente elemento a analizar es el que corresponde a la identificación de los daños generados por los denunciados. De esta manera, consideramos que el comportamiento de estos ha producido dos clases de daño en contra del Estado, los mismos que pasamos a fundamentar a continuación:

6.4.1. Del Daño Emergente producido y su cuantificación

El daño emergente tal como es entendido en doctrina se refiere a la disminución, reducción o merma del patrimonio del sujeto dañado a causa del comportamiento del sujeto dañante. Este, citando a Paulus se señala que “el daño emergente se define como el *quantum mihi abest*, es decir, el monto que para mí ya no es lo que para mí deja de tener existencia. El daño emergente es siempre un empobrecimiento”⁹.

En el caso en concreto el daño emergente se manifiesta en que a causa de la comisión del delito de..... llevado a cabo por los sujetos activos se ha causado la reducción del patrimonio del Estado en la suma de..... sustrayéndose de este modo tal cantidad al erario nacional para emplearlo en beneficio de los denunciados, motivo por el cual solicitamos, en base además al principio de reparación integral de la responsabilidad civil, se reintegre dicha SUMA más los intereses devengados hasta la fecha de devolución a favor del Estado.

6.4.2. Daño a la Persona en su vertiente de Daño a la Identidad Institucional del Estado

El daño a la persona es considerada como la vulneración o lesión de uno de los atributos extrapatrimoniales de los sujetos de derecho, ya sea uno de los atributos vinculados a la naturaleza psicosomática o al libre desarrollo de la personalidad. En este caso el Estado como persona jurídica y sujeto derecho es titular de determinados derechos extrapatrimoniales así como de específicos derechos constitucionales. Esto se ha dejado en claro mediante la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0905-2001-AA/TC la misma que reafirma esta posición en su numeral 5 el cual establece de forma explícita que:

(...) En ese sentido, entiende el Tribunal que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación –entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles– y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección.
(...)

Por tanto, considera el Tribunal, que la ausencia de una cláusula, como la del artículo 3° de la Constitución de 1979, no debe interpretarse en el sentido de negar que las personas jurídicas puedan ser titulares de algunos derechos fundamentales o, acaso, que no puedan solicitar su tutela mediante los procesos constitucionales y, entre ellos, el amparo”¹⁰.

9 TRAZEGNIES, Fernando, La Responsabilidad Extracontractual Art. 1969 - 1988, Tomo II Para Leer el Código Civil Volumen IV, Segunda Edición, Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial, Lima, 1988, 36.

10 El texto de la sentencia del Tribunal Constitucional citada se puede ubicar en el siguiente link: <http://>

En el caso en concreto consideramos que el delito cometido por los denunciados ha lesionado no solo el ámbito patrimonial del Estado sino claramente ha vulnerado también su derecho a la identidad. El derecho a la identidad ha sido definido en su vertiente estática y en su vertiente dinámica. Así se señala que el derecho a la identidad es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generalidades de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica) vale decir, **el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer**¹¹. Este derecho se encuentra reconocido expresamente por el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú, el mismo que establece que:

“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”.

En el caso del Estado su derecho a la identidad ha sido vulnerado en tanto y en cuanto al producirse la comisión de actos delictivos vinculados con la generación de prácticas corruptas que atentan contra la correcta administración pública de los recursos y el correcto ejercicio de la función estatal, se logra proyectar sobre la sociedad un juicio negativo y una falsa luz sobre el modo en que el Estado desarrolla sus funciones de gobierno. En tal medida lo que se lesiona es la identidad en el sentido de institucionalidad.

Así, se ha señalado que viciando la relación de confianza con la comunidad administrada, el daño a la imagen de la administración ocasiona una disminución de la funcionalidad de la misma administración¹². Se agrega que, “el comportamiento ilícito del dependiente público lesiona en último análisis el interés de la colectividad a una administración eficiente, eficaz, económica e imparcial, a la cual debe corresponder, por expreso dictado constitucional, la imagen de la Administración Pública”¹³. Entonces, “la lesión a la imagen se configura como daño público en cuanto lesión al buen andamiento -en razón de la pérdida de confianza y credibilidad de la Administración-, y como tal se convierte en fuente de responsabilidad administrativa para el dependiente público que ha realizado un comportamiento gravemente ilícito idóneo a producir una pérdida de prestigio y una grave disminución de la personalidad pública”¹⁴. Se individualiza en los empleados y funcionarios públicos un deber de tutelar la imagen de la Administración, como “un valor de ética pública objetivado normalmente en los códigos de comportamiento de los empleados públicos”¹⁵.

Es claro que aquí cuando la doctrina hace alusión a la protección de la imagen del Estado en realidad se refiere al derecho a la identidad institucional del mismo, entendida la institucionalidad como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes, tienen el deber de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos.

www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/00905-2001-AA.html

11 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas Tomo I Concebido y Personas Naturales*, Sexta Edición, Grijley Iustitia, 2012, 367.
12 RICCARDO URSI, Danno all'immagine e responsabilità amministrativa, en *Diritto amministrativo*. Rivista Trimestrale. Año IX, fascículo 1, Giuffrè, Milano, 334.
13 RICCARDO URSI, *op. cit.*
14 RICCARDO URSI, *op. cit.*, 334-335.
15 RICCARDO URSI, *op. cit.*, 338.

6.5. De la Cuantificación al Daño de la Identidad Institucional del Estado

Es claro que la afectación a la identidad institucional es un daño completamente diferente de la mera disminución del patrimonio estatal por lo que amerita un concepto separado de resarcimiento y por lo tanto la determinación de este monto indemnizatorio autónomo debe obedecer a unos criterios de cuantificación específicos, los mismos que detallamos a continuación a propósito del caso en concreto. De esta manera, encontramos:

- a. **Criterios Objetivos**, son los criterios vinculados con las características principales y propias del hecho ilícito. Así tenemos:

- a.1. **Gravedad del Ilícito** (monto referencial o valor observable).

- En el caso en concreto.....

- b. **Criterios Subjetivos**, son los criterios vinculados con los agentes activos tomando en cuenta sus circunstancias particulares respecto de la comisión del ilícito. Así tenemos:

- b.1. **Ubicación del sujeto agente en la organización administrativa.**

- En el caso en concreto.....

- c. **Criterios Sociales**, son los criterios referidos a la repercusión o impacto en la sociedad de los delitos o infracciones cometidas y su relación con la dimensión de la lesión del derecho a la identidad institucional del Estado. Entre estos tenemos:

- c.1. **Finalidad Social** (derechos vulnerados con relación al servicio público afectado).

- c.2. **Difusión e impacto ocasionado al público del ilícito.**

- En el caso en concreto.....

En esta línea y habiendo evaluado la entidad del daño producido en base a los criterios de cuantificación desarrollados consideramos que el resarcimiento por el daño al derecho a la identidad institucional asciende a la suma de..... la misma a la que se debe sumar los intereses devengados hasta la fecha del pago efectivo.

6.6. De la Antijuridicidad del Daño.

Otro de los elementos a analizar es el referido a la injusticia o también denominada antijuridicidad del daño. En tal sentido, se comprende este carácter como la contrariedad al ordenamiento jurídico, tanto en términos de contrariedad a la ley (ilegalidad) como contrariedad a valores y principios que sostienen el sistema jurídico (ilicitud)¹⁶. En nuestro ordenamiento la antijuridicidad encuentra cierta regulación en lo establecido por el artículo 1971 del Código Civil el mismo que se encarga de establecer los supuestos en los cuales el daño cometido está autorizado por el ordenamiento jurídico

16 ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de la Responsabilidad Civil*, Octava Edición, Instituto Pacífico, Lima, 2017, 114.

y por tanto no genera responsabilidad civil a pesar de la vulneración producida.

Así, el dispositivo legal mencionado señala que:

“Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos:

- 1.- En el ejercicio regular de un derecho.*
- 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
- 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro”.*

Como se aprecia el **artículo 1971** del **Código Civil** enumera claramente los comportamientos exonerados de plano de responsabilidad, es decir aquellos supuestos en los que la actividad, a pesar de ser dañosa, no genera responsabilidad por su conformidad con el ordenamiento jurídico. Así se ha señalado que “se aleja de la esfera de influencia de la responsabilidad civil a aquellos hechos que, aun cuando son dañosos, son justificados por el ordenamiento jurídico”¹⁷.

En el caso en concreto es evidente que la comisión del delito cometida por los agentes imputados no se encuadra en ninguna de las causales de exclusión de antijuridicidad establecidas por el Código Civil por lo que el daño generado cumple con el requisito de la injusticia y se corrobora el elemento de la antijuridicidad.

17 PAZOS HAYASHIDA, Javier, Hechos Dañosos Justificados. En: *Código Civil comentado Tomo X, Segunda Edición*, Gaceta Jurídica, Lima, Agosto 2007, 124.

6.7. De la Verificación del Nexo Causal entre el Hecho Generador y los Daños Producidos.

Habiendo analizado el comportamiento lesivo así como los daños producidos en contra del Estado es necesario avocarnos al elemento denominado nexo causal.

Este es definido como la relación existente entre el comportamiento imputado y los daños generados. De este modo la relación de causalidad consiste en aquella relación que une la comisión del comportamiento ilícito con la producción de los daños de tal manera que acreditada esta se corrobora que los daños producidos se han generado como consecuencia de aquel comportamiento. En términos dogmáticos se han establecidos dos tipos de causalidad:

- a. 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”¹⁸.
- b. Para el aspecto del daño resarcible (**causalidad jurídica**), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir¹⁹. En efecto, se trata de “un problema de delimitación del área del daño resarcible”²⁰.

Por lo tanto, la causalidad fáctica determina al causante o en este caso a los causantes del hecho generador del daño y la causalidad jurídica establece el alcance del resarcimiento. Así, se señala que “una cosa es emplear la causalidad con el fin de imputar un hecho a un sujeto (...) (aquí se debe responder a la pregunta: *¿quién ha sido?*) 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 ilícito (aquí se debe responder a la pregunta: *¿cuánto debe pagar el responsable?*)”²¹.

Ahora bien, respecto a la causalidad cual es el criterio que determina cuando una determinada causa es productora de un específico daño. Para responder a esta pregunta se han desarrollado una serie de teorías, entre las cuales resalta la teoría de la causalidad adecuada la misma que entiende como causa de un evento, aquella conducta que, según un juicio *ex ante*, resulte adecuada para determinar el efecto sobre la base del *id quod prelumque accidit*²². Así, en la causalidad adecuada, “la relevancia jurídica de la condición está en función del incremento, producido por ésta, de la objetiva posibilidad de un evento del tipo de aquel efectivamente verificado”²³. Hay causalidad adecuada, “entre un acto o actividad y un daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad

18 TRIMARCHI, Pietro, *voz Illecito (diritto privato)*, en Enciclopedia del Diritto, XX, Giuffrè, Milano, 1970, 12.

19 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.

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

21 FRANZONI, Massimo, *La correttezza e la buona fede, en Le obbligazioni, I. Le obbligazioni in generale (1173-1320 c.c.)*, a cura de Massimo FRANZONI, UTET, Torino, 2004, 86.

22 VON KRIES, Johannes, *Über der Begriff der Wahrscheinlichkeit und Moglicheit und ihre Bedeutung im strafrecht*, en *Zeitschrift ges. strw.*, 1889.

23 SALVI, Cesare, *La responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1998, 173.

incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá”²⁴. Para esta teoría “no es causa cada condición del evento, sino sólo la condición que sea “adecuada”, “idónea” para determinarlo. No se consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera disforme del curso normal de las cosas. El procedimiento para individualizar la adecuación se vale de un juicio *ex ante*: se remonta al momento de la acción y se juzga como si el evento debiese aún producirse”²⁵. Así, “para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir o regular normalmente, un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto”²⁶. Asimismo también tenemos la teoría de la causa próxima la misma que establece que es causa la “condición inmediata anterior a la producción del evento dañino. Lejos de ser una concepción dinámica de la causa, se tiene en cuenta el topos de la última condición ocurrida antes del eventos damni”²⁷.

En nuestro ordenamiento la relación de causalidad se encuentra regulada en el artículo 1321 en lo que respecta al régimen de responsabilidad contractual y el artículo 1985 en lo que respecta al régimen de responsabilidad extracontractual. Así, el primero de los dispositivos señala:

“Artículo 1321.- (...) El resarcimiento por la inexecución 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 inexecución”.

Por otro lado el artículo 1985 del Código Civil señala:

*“Artículo 1985.- 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”.*

La regulación descrita, sin embargo, presenta un problema en términos de nexo de causalidad, puesto que podría dado el tenor de las normas citadas considerar que en base al artículo 1321 del Código Civil el régimen de responsabilidad contractual aplica la teoría de la causa próxima, mientras el artículo 1985 consagraría la teoría de la causalidad adecuada.

La solución de este injustificado tratamiento diferenciado está en la interpretación sistemática de los arts. 1321 y 1985 c.c. Así, el art. 1321 c.c. se refiere al quantum indemnizatorio en términos de causalidad jurídica mientras que el art. 1985 c.c. desarrollada la causalidad como elemento constitutivo del supuesto de responsabilidad

24 CALABRESI, Guido, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, traducido por Joaquim BISBAL, Editorial Ariel, Barcelona, 1984, 192

25 SINISCALCO, Marco, *voz Causalità (Rapporto di)*, en *Enciclopedia del Diritto* Giuffrè, Milano, 1960, 645.

26 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, novena edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, 270.

27 ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, 250.

civil, es decir la causalidad fáctica. Como lógica consecuencia, no habría inconveniente para emplear la teoría de la causalidad adecuada (como elemento constitutivo de la responsabilidad civil), incluso, en la responsabilidad por inejecución de las obligaciones.

En el caso en concreto consideramos que se encuentra evidentemente demostrado el nexo causal entre la comisión del delito imputado a los coautores y la producción del daño emergente y el daño a la identidad, en tanto y en cuanto la configuración del tipo penal denunciado ha sido causa adecuada que ocasionó y aumento las probabilidades ex ante de la reducción o disminución patrimonial del tesoro público así como de la producción del daño a la identidad institucional en tanto que cualquier delito cometido contra la administración pública va en desmedro de la proyección que tenga la sociedad respecto de la probidad del Estado. Por lo tanto, se encuentra acreditado el elemento de la relación de causalidad.

6.8. Del Factor de Atribución Subjetivo.

Finalmente nos corresponde analizar el elemento denominado factor de atribución que es el que determina las razones en virtud de las cuales el sistema jurídico decide imponer una responsabilidad al causante del daño y trasladarle por tanto los costos del mismo. Es decir este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, y por tanto constituye el fundamento del deber de indemnizar.

El factor de atribución aplicable al caso en concreto es el factor de atribución subjetivo denominado culpa en virtud del cual el dañante o dañantes solamente responderás si el daño causado fue el resultado de la vulneración de un modelo de diligencia o comportamiento respecto del desarrollo de sus actividades en la vida de relación. Así al respecto se señala que “la culpa debe ser entendida como una ruptura o contravención a un standart de conducta”²⁸.

En nuestro sistema jurídico la culpa es desarrollada de acuerdo al standart de diligencia general establecido en el artículo 1314 del Código Civil el mismo que señala al pie de la letra que:

Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Específicamente en nuestro sistema legal el modelo de comportamiento referido al funcionario o servidor público está claramente delimitado por lo establecido de forma expresa en el artículo 6 de la **Ley N° 27815, del Código de Ética de la Función Pública, del 12 de agosto de 2002**, el cual establece que el servidor público actúa de acuerdo, entre otros, al **principio de probidad**, en los siguientes términos:

Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona.

La razón de ser de la observancia de este principio, como los demás que están consagrados en la ley, la encontramos en el artículo 5 del **Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Decreto Supremo N° 033-2005-PCM, del 18 de abril de 2005**, el cual establece que:

²⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *op. cit.*, 195.

Los principios, deberes y prohibiciones éticas establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, son el conjunto de preceptos que sirven para generar la confianza y credibilidad de la comunidad en la función pública y en quienes lo ejercen.

Los empleados públicos están obligados a observar los principios, deberes y prohibiciones que se señalan en el capítulo II de la Ley.

Entonces este modelo de conducta no solo constituye un imperativo ético, sino también una obligación, un modelo de comportamiento del empleado público, el ser honesto, a efectos de generar en la colectividad confianza y credibilidad en la Administración Pública. Claramente la razón de ser de esta prescripción es la tutela de la identidad institucional del Estado.

Así en el presente caso queda claro que los denunciados al haber cometido el delito de..... han incurrido en el factor de atribución subjetivo (culpa) en tanto que ha infringido la obligación de conducirse en el desarrollo de la función pública acorde con el modelo de funcionario público honesto. En tal sentido, se cumple con acreditar la culpa de los denunciados y por tanto el factor de atribución que permite la imposición de la responsabilidad civil. No está demás señalar que en nuestro sistema jurídico la culpa se presume con la acreditación del mero incumplimiento de la obligación impuesta. Así lo establece claramente el artículo 1329 el mismo que al pie de la letra señala que “se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”.

Dicho esto queda sentada la acreditación del factor de atribución subjetivo y por tanto justificada la imposición de la responsabilidad civil en los términos solicitados.

VII. ANEXOS

Adjunto al presente la prueba documental que acredita nuestro derecho a participar en el proceso como representante del Estado, agraviado en los delitos contra la administración pública, y, consecuentemente, nos legitiman como actor civil:

(...)

PORTANTO:

Solicito a usted Señor Juez proveer conforme a ley.

PRIMER OTROSI DIGO: De conformidad con las Resoluciones Supremas N° y se designó a los señores abogados y, Procuradores Públicos Especializados Adjuntos Especializados en Delitos de Corrupción. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13° del Decreto Legislativo N° 1068, los mencionados procuradores públicos adjuntos coadyuvarán en el ejercicio de la defensa jurídica del Estado en todas las diligencias ordenadas y programadas, por lo que solicito a su Despacho se les tenga por apersonados.

SEGUNDO OTROSI DIGO: Que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 8) del artículo 22° del Decreto Legislativo N° 1068 y, sin perjuicio de poder intervenir directamente, delego representación, para que ejerzan de manera directa y expresa, indistinta o conjuntamente la defensa jurídica de los intereses del Estado, a favor de los señores abogados:

(...)

Por lo que, solicito se les tenga por apersonados.

TERCER OTROSÍ DIGO: Que, señalo domicilio procesal en la Av. Arequipa N° 5060, distrito de Miraflores - Lima, a fin que nos notifique las resoluciones y citaciones que ordene su despacho. Asimismo, sin perjuicio de ello, solicito nos notifique vía telefax al número 243-2929 y vía correo electrónico: **procuraduriaanticorrupcion@gmail.com**.

Lima, XXX de XXX de XXX

Anexo 2: Sistematización de reparaciones civiles otorgadas en delitos de corrupción

Expediente	Síntesis	Criterio para la reparación civil	Reparación civil concedida
<p>Expediente N° 2380-2015-15-13 08-JR-PE-01 (9 de mayo de 2016)</p> <p>Segundo juzgado Unipersonal Transitorio de Huaura</p> <p>Delito: Cohecho pasivo propio</p>	<p>Funcionario solicitó 150 soles, además de prácticas libidinosas, a su alumna con el fin de apoyarla en un curso en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión. Quedó acreditada la comisión del delito en videos grabados por policías. Se impuso pena efectiva de 6 años.</p>	<p>La Fiscalía solicitó S/ 5,000 Soles. Se establece como fundamento la restitución de las cosas al estado anterior al daño producido, teniendo este caso como afectado al Estado. Observación: Mencionan el lucro cesante y el daño emergente, de ello se colige que entienden al daño como uno de tipo patrimonial.</p>	<p>S/ 5,000</p>
<p>Expediente N° 228-2013 (17 de junio de 2015)</p> <p>Juzgado Penal Unipersonal Transitorio de Barranca</p> <p>Delito: Peculado Doloso</p>	<p>Un funcionario de un centro de salud, aprovechándose del cargo administrativo que desempeñaba, desembolsó S/ 16,250 a una empresa por un servicio que esta nunca realizó. Se impuso pena suspendida de 4 años.</p>	<p>La Procuraduría Anticorrupción solicitó S/ 10,000 como indemnización por daños y perjuicios, más los S/ 16,250 que se transfirieron por la operación ilícita. No se individualizaron daños.</p>	<p>S/ 26,050</p>
<p>Expediente N° 2788-2015 (6 de mayo de 2016)</p> <p>Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Huaura</p> <p>Delito: Patrocinio ilegal</p>	<p>Un especialista administrativo (abogado) del Hospital de Barranca, patrocinó a particulares en procesos que éstos llevaron contra su propia entidad. El proceso se llevó bajo la modalidad de terminación anticipada, debido al consenso que hubo entre la parte oficiosa y el imputado, al aceptarse la comisión del delito.</p>	<p>Se acordó una reparación de S/ 3,000. El fundamento legal de la misma es el artículo 93 del Código Penal y el bien jurídico tutelado que se intenta reparar es el correcto desenvolvimiento de la Administración Pública. No se individualizaron daños.</p>	<p>S/ 3000</p>
<p>Expediente N° 4908-2013-67-0401-J R-PE-01 (10 de febrero de 2017)</p> <p>Primer Juzgado Unipersonal de Paucarpata</p> <p>Delito: Concusión y Estafa Agravada</p>	<p>Un funcionario técnico-administrativo en el Centro de Atención de ESSALUD de Miraflores, engañó a un usuario diciéndole que era administrador del mencionado centro. Dicho funcionario cobró dinero para trasladar apoyo médico para su hijo en Arequipa, valiéndose de otra funcionaria como cómplice. Fueron absueltos al quedar acreditado que la usuaria no fue lo suficientemente diligente.</p>	<p>Pese a haber sido excluidos de responsabilidad penal, se les halló responsables civiles. La Procuraduría y el Juez de primera instancia consideraron el daño a la reputación, a la imagen de la Administración Pública [...]. La decisión fue apelada. El voto en mayoría anuló la reparación establecida en la instancia anterior al no considerarla lo suficientemente motivada.</p>	<p>S/ 1000 y S/ 2000, respectivamente</p> <p>Fue anulada</p>

<p>Expediente N° 115-2014. Sentencia N° 34-2016 JCC – Camaná (7 de junio de 2016)</p> <p>Juzgado Colegiado de Camaná</p> <p>Delito: Peculado</p>	<p>Se le imputa al acusado el mencionado delito, al haberse aprovechado de su condición de Alcalde del centro poblado menor de la Punta, para apropiarse de la cantidad de S/ 19,224.68 de la caja del municipio.</p> <p>Se impuso pena suspendida de 4 años.</p>	<p>Se determinó un daño no patrimonial a la identidad de la Administración Pública.</p> <p>A la cantidad sustraída se le agregó la suma de S/ 20,000, equivalente a 5 UITs. Se señaló que, para evitar la arbitrariedad, se tomaría como parámetro lo que indemniza el SOAT por una muerte.</p>	<p>S/ 39,224.68</p>
<p>Expediente N°1821 – 2015-10-0501-J R-PE-02 (12 de julio de 2017)</p> <p>Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Ayacucho</p> <p>Delito: Negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo</p>	<p>El hospital adquirió un esterilizador que debía ser entregado como máximo el 29 de enero de 2015, de lo contrario la empresa recibiría una penalidad S/ 7,890.</p> <p>Los imputados, que tenían cargos administrativos, registraron como fecha de entrega una fecha falsa para evitar el pago de la penalidad. Se impuso una pena suspendida de 4 años.</p>	<p>El juzgado confirma lo establecido por la Procuraduría. Esta afirmaba que los S/ 7890 están debidamente acreditados, pues el Estado dejó de percibir ese monto (responsabilidad patrimonial). Además, señaló que se dañó la imagen institucional de la Administración Pública, por lo que les correspondería pagar S/. 10,000 (daño extrapatrimonial).</p>	<p>S/ 17,89 de forma solidaria.</p>
<p>Expediente N°905-2012-79-0501-JR-PE-01 (8 de marzo de 2017)</p> <p>Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Ayacucho</p> <p>Delito: Colusión</p>	<p>Un alcalde municipal y los miembros presentes en sesión municipal, declararon en emergencia diversos sectores de la comunidad, para así agilizar ilegalmente diversos contratos de la municipalidad, mediante procesos de exoneración, favoreciendo en múltiples ocasiones a un empresa</p>	<p>Se confirmó en parte lo solicitado por la Procuraduría (S/ 40,000), aplicando el artículo 1332 del Código Civil (“Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá valorarlo el juez con valoración equitativa”). No se individualizaron daños.</p>	<p>S/ 30,000</p>
<p>Expediente N°2017-003-PE (13 de marzo del 2017)</p> <p>Juzgado Penal Colegiado integrado por las provincias de Lucanas Parinacochas y Paucar del SaraSara</p> <p>Delito: Peculado Doloso Agravado y otro</p>	<p>Un funcionario de un banco aprovechándose de su particular posición, se apropió de forma sistemática durante el periodo de febrero del 2011 a enero del 2015 de S/ 512,536.</p> <p>Se impuso pena de 12 años.</p>	<p>El juzgado confirmó lo solicitado por la Procuraduría (S/ 512,536 por daño patrimonial).</p> <p>La Procuraduría también solicitó también daño extrapatrimonial (S/ 50,000). EL pedido se fundamentó en el artículo 1985 del Código Civil, que señala que la indemnización comprende las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño.</p>	<p>S/ 562,536</p>

<p>Expediente N° 233-2015 Sentencia Penal N° 198-2016 (17 de noviembre del 2016)</p> <p>Juzgado Penal Unipersonal de Celendín</p> <p>Delito: Peculado Doloso por apropiación y uso de documento falso</p>	<p>El administrador de una municipalidad, valiéndose de ese cargo, canceló S/ 3,050 a unos supuestos trabajadores de una obra para la municipalidad. El funcionario se apropió de ese dinero.</p> <p>El imputado aceptó los cargos, siendo condenado a una pena suspendida de 4 años.</p>	<p>La Procuraduría solicitó S/ 10,000 y la restitución de lo robado.</p> <p>El juzgado, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, estableció la reparación civil. No se individualizaron daños.</p>	<p>S/ 5000</p>
<p>Expediente N°850-2015-3-0 601-JR-PE-04 (10 de mayo del 2017)</p> <p>Quinto Juzgado Unipersonal de Cajamarca</p> <p>Delito: Peculado Culposo</p>	<p>El funcionario laboraba como ingeniero para la municipalidad. En atención a ello, se le hizo entrega, a través de un acta, de una motocicleta para uso exclusivo de sus labores. Dicha acta estableció que el funcionario asumía la responsabilidad por la pérdida o el robo del vehículo.</p> <p>El funcionario prestó la motocicleta a otro trabajador de la municipalidad, y a éste le hurtaron la motocicleta. Se impuso pena de servicio comunitario.</p>	<p>El juzgado estableció la reparación civil expresando que existe un criterio discrecional de parte del juzgador para determinarla, evaluando de manera prudencial.</p> <p>No se individualizaron daños.</p>	<p>S/ 1500 más la devolución del bien</p>
<p>Expediente N° 1475-2013-88-14 01-JR-PE-04 (3 de noviembre de 2015)</p> <p>Primer juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia de Ica</p> <p>Delito: Delito contra la Administración Pública Aprovechamiento Indebido del Cargo</p>	<p>El gerente general de la Municipalidad Provincial de Ica, designó para algunos cargos administrativos a una persona que no cumplía con los requisitos establecidos.</p> <p>Se impuso 4 años de pena suspendida.</p>	<p>El juzgado realizó un desarrollo del fundamento de la reparación civil, la cual cubre daños patrimoniales y daños no patrimoniales; y para determinarla se debe tener en cuenta el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona.</p> <p>Mencionó que los daños ocasionados por el incumplimiento de sus funciones “no son cuantificables en dinero”, y se concluyó que debe establecerse un monto que repare el daño no patrimonial.</p>	<p>S/ 2000</p>

<p>Expediente N°0024-2015-77-1511-JR-PE-01 Sentencia N° 011-2017 (23 de febrero de 2017)</p> <p>Juzgado Unipersonal Sede Oxapampa</p> <p>Delito: Peculado por uso</p>	<p>El alcalde de Huancabamba, utilizó para fines ajenos a sus funciones, una camioneta adquirida por la municipalidad (la única con la que se contaba), chocándola con un poste. Fue encontrado en estado de ebriedad y haciendo disparos al aire.</p> <p>Se impuso 3 años y 4 meses de pena efectiva.</p>	<p>El juzgado formula una crítica contra la Procuraduría, ya que ésta no ha postulado proposiciones fácticas respecto al daño ocasionado a la entidad,</p> <p>Menciona que ante la ausencia de pruebas, la reparación debe realizarse recurriendo a las máximas de la experiencia, y tomando en cuenta las circunstancias, establece S/. 5,000.</p>	<p>S/ 5,000</p>
<p>Expediente N° 00017-2015-0-22 03-SP-PE-01 (3 de junio del 2015)</p> <p>Sala Penal de Apelaciones-Sede Central</p> <p>Delito: Peculado</p>	<p>EL alcalde de Yuracyacu, celebró un contrato a nombre de la municipalidad con una empresa. En el mencionado contrato, la municipalidad dejó de cobrar porcentajes de la recaudación por el servicio de agua que administraba la empresa.</p> <p>Se le absolvió al no quedar acreditado el dolo en su actuar.</p>	<p>Se redujo la reparación civil, sin mayor motivación.</p> <p>No se individualizaron daños.</p>	<p>S/ 1000</p>

