



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 Requiza 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 Sigvas 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

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 atenten 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.

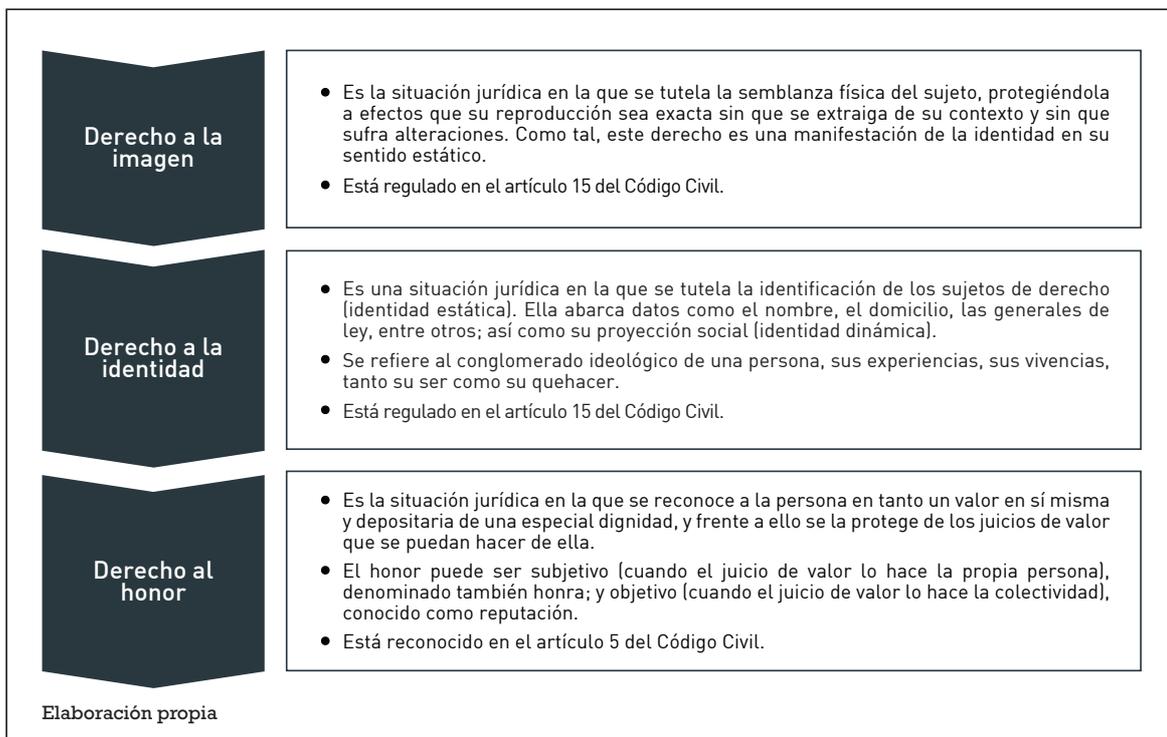
2.2. ¿Qué derecho(s) del Estado se afecta(n) con los actos de corrupción?

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 andamio 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 semblanza 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 funcionarios”¹⁴.

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.

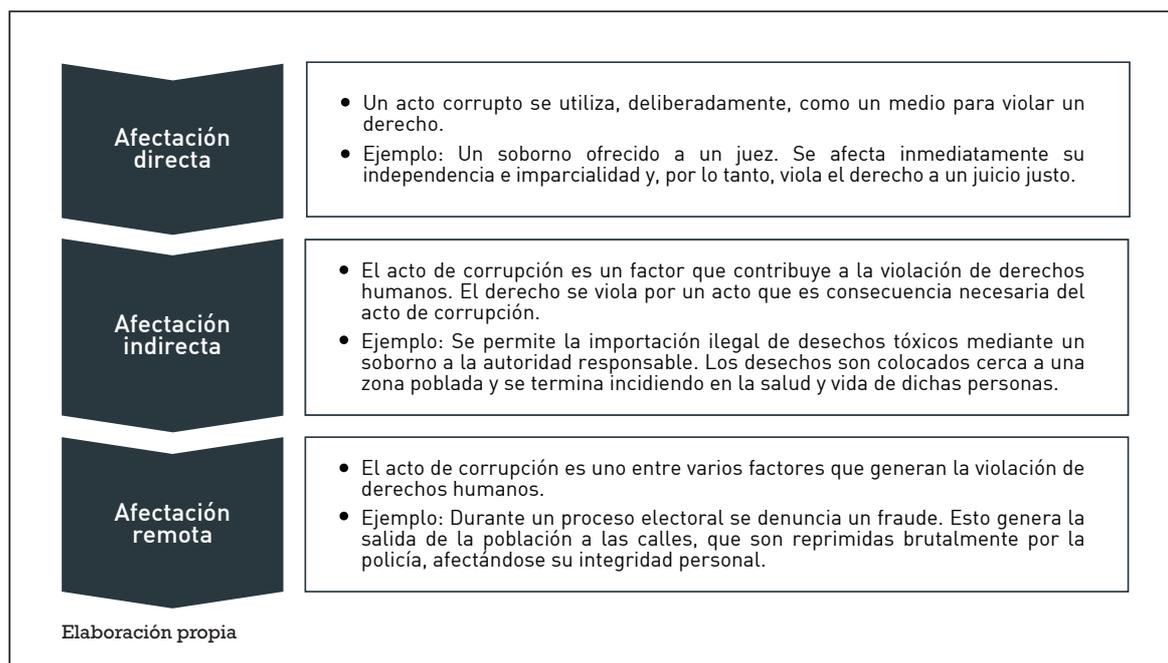
En la misma línea, el International Council on Human Rights Policy ha establecido tres niveles de afectación de derechos humanos por un acto de corrupción²⁰:

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.

Estableciendo el Vínculo. Versoix: International Council on Human Rights Policy, 2009, 32.

21 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).

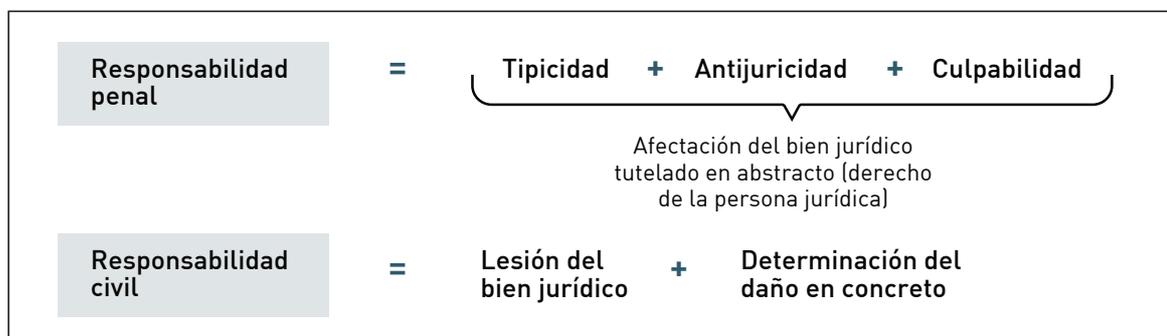
Fuente: Resolución N° 074-2015-CG/TSRA del 3 de setiembre de 2015.

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 I. Introducción filosófica general*, traducido por Angel 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 inexecución de la obligación. La diligencia³² “es un criterio de responsabilidad frente a

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

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

28 Pietro TRIMARCHI, *op. cit.*

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

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

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

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

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

Un caso de adecuado análisis del estándar de diligencia

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

El Primer Juzgado Civil de la Provincia de Coronel Portillo declaró infundada la demanda, afirmando que no se ha acreditado la existencia de ningún daño atribuible a los demandados. Ello porque no se probó que entre las funciones de los demandados se encuentre la función de modificar proyectos; ni que, de forma indebida alguno de ellos, haya modificado el respectivo proyecto sin la debida justificación técnica y legal al inicio de la obra. En ese sentido, señaló que los 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 nexa causal: Es la **vinculación entre el evento lesivo y el daño producido**. El objeto del nexa 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 FRANZONI, *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 nexos 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 inejecución 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.

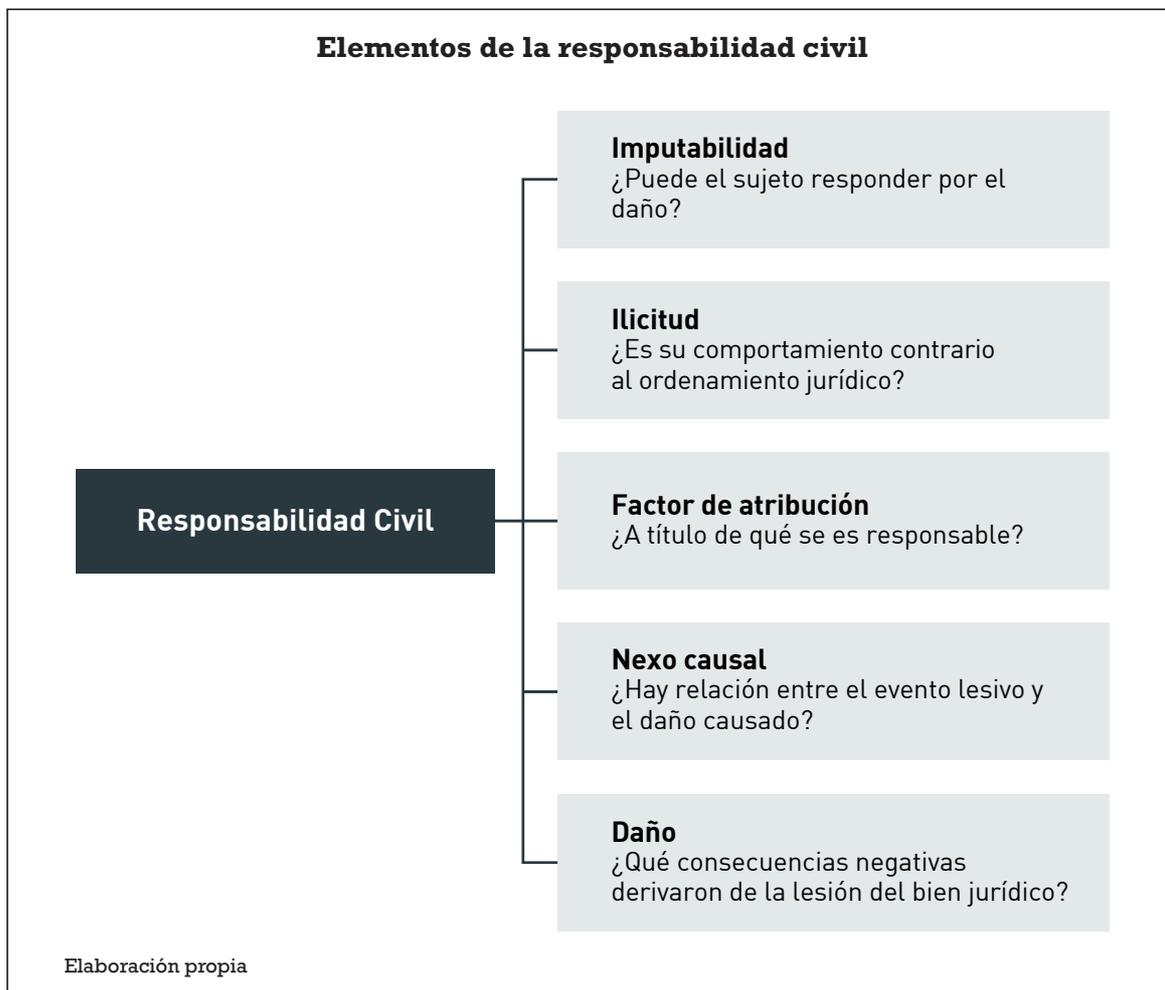
43 Giovanni Battista FERRI, *op. cit.*, 148.

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 prestación ⁴⁸.

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

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

48 Luigi MENGONI, *op. cit.*

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

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

En un proceso puede haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.

La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente.

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

Se pueden acumular pretensiones en un proceso siempre que estas:

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

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

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

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

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

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

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

Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.

Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta el día de la audiencia de conciliación. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

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

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

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

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

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

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

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

49 Eugenia ARIANO DEHO, *op. cit.*

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

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

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

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

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

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

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

Reconocimiento del daño no patrimonial de la persona jurídica

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

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

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

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

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

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

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

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

4.1. Criterios para la determinación del daño

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

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

4.1.1. Criterios objetivos

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

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

⁵³ Wanda CORTESE, *op.cit.*, 169.

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

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

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

4.1.2. Criterios subjetivos

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

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

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

4.1.3. Criterios sociales

Los criterios sociales se refieren a la repercusión o el impacto social que producen la comisión de 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.

