



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**La Responsabilidad civil derivada de los delitos de
corrupción de funcionarios públicos en el Perú**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Andony Alonso Cruz Curay

Asesores:

**Dra. Patricia Anahí Lescano Feria
Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán**

Piura, noviembre de 2024

Aprobación

La tesis titulada “La Responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú” presentada por el bachiller Andony Alonso Cruz Curay en cumplimiento con los requisitos para obtener el título profesional de Abogadas, fue aprobada por los directores de Tesis, Dra. Patricia Anahí Lescano Feria y Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán.



Escaneado con CamScanner

Dra. Patricia Anahí Lescano Feria

Directora de tesis



Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán

Director de tesis





Declaración Jurada de Originalidad del Trabajo Final

Yo, Andony Alonso Cruz Curay, egresado del Programa Académico de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, identificado(a) con DNI: 72396650, declaro que:

Soy autor del trabajo final titulado:

“La Responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú”

El mismo que presento bajo la modalidad de Tesis para optar el Título profesional de Abogado.

Que el trabajo se realizó en coautoría con los siguientes alumnos de la Universidad de Piura.

- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

El texto de mi trabajo final es original y no vulnera los derechos de terceros o, de ser el caso, derechos de los coautores, incluidos los derechos de propiedad intelectual, datos personales, entre otros. En tal sentido, el texto de mi trabajo final no ha sido plagiado total ni parcialmente, para lo cual, he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas. Asimismo, el texto del trabajo final que presento no ha sido publicado ni presentado antes en cualquier medio electrónico o físico; y que la investigación, los resultados, datos, conclusiones y demás información presentada que atribuyo a mi autoría son veraces.

En caso de detectarse el incumplimiento de lo declarado asumo frente a terceros, la Universidad de Piura y/o la Administración Pública toda responsabilidad que pueda derivarse por el trabajo final presentado. Lo señalado incluye responsabilidad pecuniaria incluido el pago de multas u otros por los daños y perjuicios que se ocasionen.

La asesoría del trabajo estuvo a cargo de los siguientes docentes de la Universidad de Piura:

- Dra. Patricia Anahí Lescano Feria, identificado con DNI: 43713071
- Dr. Ronald Henry Vélchez Chinchayán, identificado con DNI: 44287102
- Haga clic o pulse aquí para escribir texto, identificado con Elija un elemento: Escribir número

Declaro (declaramos) que:

Luego de haber empleado el software de coincidencia Turnitin, revisado las fuentes de información señaladas por el autor, y en razón de mi (nuestra) experiencia como investigador(es), declaro (declaramos) que las ideas expuestas en el trabajo final alcanzan las condiciones de calidad, integridad y originalidad acorde a los objetivos institucionales y estándares en materia de investigación. Finalmente, no asumo (asumimos) responsabilidad por la posible vulneración de derechos de autor en el trabajo final referido, pues tal responsabilidad es exclusiva del autor.

Fecha: 11/10/2024.

Firma del autor¹

Firma del asesor¹

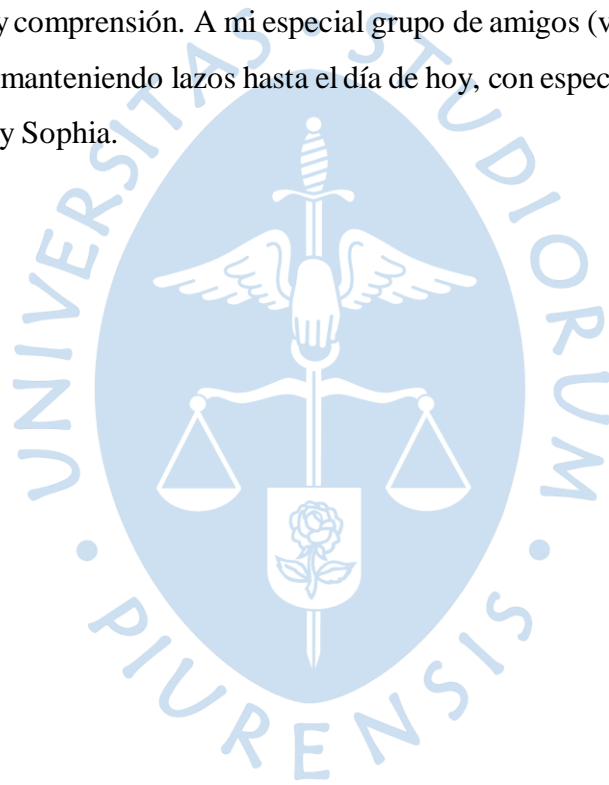
Firma del co-asesor¹

¹ Indicar si es tesis, trabajo de investigación, trabajo académico o trabajo de suficiencia profesional.

² Grado de Bachiller, Título profesional, Grado de Maestro o Grado de Doctor.

Dedicatoria

A Dios, mi Jehová por regalarme la vida e iluminarme siempre para alcanzar cada meta trazada. A mis padres Lourdes y Carlos por ser siempre ese apoyo y aliento necesario cuando lo he necesitado; mi madre porque pese a las adversidades siempre me ha inculcado el poder del esfuerzo y determinación en cada paso que doy, y mi padre por brindarme la templanza y disciplina necesarias al afrontar nuevos retos. A mi Mami Isabel por ser mi segunda madre, brindarme todo su cariño, comprensión y dedicación en mi formación. A mi Papi Curay, por sus consejos y regalarme momentos de anécdotas y alegrías. A mis hermanos Álvaro, Aaron y Arezú, por amarme y ser siempre mis cómplices y confidentes cuando necesito de ellos. A mi hijito precioso, Hércules; por ser mi fiel compañero y brindarme todo su amor. A mis tíos y primos, por su estima y comprensión. A mi especial grupo de amigos (venenosos) que me brindó la época universitaria, manteniendo lazos hasta el día de hoy, con especial mención a mis amigas casi hermanas Mirtha y Sophia.



Agradecimientos

A Dios, a mis padres, a la Dra. Patricia Anahí Lescano Feria y al Dr. Ronald Henry Vílchez Chinchayán por aceptar ser mis asesores en la presente investigación y brindarme todo su apoyo y conocimientos para la elaboración de la misma y a la Universidad de Piura, por haberme formado con una actitud crítica en el Derecho e inculcado el lema: “Mejores personas, mejores profesionales”.



Resumen

Con la caída del expresidente Alberto Fujimori, el Estado peruano ha iniciado varios procesos penales por delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos. Sin embargo, se aprecia tanto en denuncias como sentencias ausencia de fundamentación jurídica respecto de la reparación civil en agravio del Estado. Ello se basa en la falta de conocimiento a profundidad por parte de los operadores jurídicos penales, respecto a conceptos de responsabilidad civil, así como del derecho no patrimonial lesionado. Tomando como premisa que el Estado es una persona jurídica y con ello ostenta el derecho a ser resarcido por daños tanto patrimoniales como no patrimoniales, aplicando ello a los delitos de corrupción se estaría lesionando el “derecho a la identidad institucional”. La finalidad de la presente investigación es delimitar la responsabilidad civil en que incurre el funcionario público, y con ayuda de ciertos criterios establecer el monto indemnizatorio por reparación civil.



Tabla de contenido

Introducción	8
Capítulo 1 La administración pública y los delitos de corrupción de funcionarios públicos	10
1.1. Definición de Administración Pública	10
1.2. Definición de funcionario público	11
1.3. Delitos cometidos por funcionarios públicos	13
1.4. Clasificación en base a la conducta ejercida por el funcionario	16
Capítulo 2 El Estado como titular de derechos y pasible de reparación civil	19
2.1. El Estado como titular de derechos.....	19
2.2. Derechos del Estado afectados por los delitos de corrupción.....	21
2.3. El Estado y la reparación civil.....	26
2.4. Derecho comparado	28
Capítulo 3 La responsabilidad civil: concepto y clases	32
3.1. Concepto de responsabilidad civil.....	32
3.2. Clases de responsabilidad civil. Responsabilidad civil contractual y extracontractual.....	33
3.3. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual	36
3.3.1. Acción o conducta antijurídica.....	36
3.3.2. Daño causado	37
3.3.3. Relación de causalidad o nexo causal.....	39
3.3.4. Factores de atribución.....	40
Capítulo 4 La Responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción de funcionarios públicos	43
4.1. Responsabilidad civil derivada de la corrupción de funcionarios.....	43
4.2. Criterios para la determinación del daño ocasionado al Estado por los delitos de corrupción. 45	
4.2.1 Criterios objetivos	46
4.2.2. Criterios subjetivos.....	47
4.2.3. Criterios sociales	48
Conclusiones	51
Lista de abreviatura	52
Referencias	53
Legislación	57

Introducción

Los delitos contra la Administración pública establecidos en el Código Penal resguardan que la función del Estado materializada a través del ejercicio de sus funcionarios conlleve a satisfacer el interés público honrando principios como la legalidad e imparcialidad. Actualmente estos delitos han cobrado especial relevancia puesto que sancionan el empleo abusivo de la función pública con el fin de sobreponer intereses particulares en comparación a los de la sociedad. Conllevando a la imposición de penas, peculiarmente privativas de libertad como foco de atención, pero se debe tener presente que el legislador ha planteado para estos supuestos la imposición de reparaciones civiles, mismas que cumplen un papel vital en la lucha contra la corrupción pública.

El individuo corrupto toma una decisión lógica sobre si llevar a cabo un acto deshonesto generará más beneficios que desventajas, evaluará si los beneficios son superiores e incluso considerará la posibilidad de una pena privativa de libertad, teniendo en cuenta que por razones probatorias o de interpretación jurídica, la propia sanción penal puede evitarse. La reparación civil combate la corrupción pública al consolidar los resultados de las actividades ilícitas en la economía del autor, lo que afecta su patrimonio personal. Esta reparación tiene como objetivo prevenir futuros delitos, ya que todo funcionario que intente cometer actos de corrupción será consciente de que, en caso de ser descubierto, no solo se enfrentará a consecuencias penales, sino que el Estado llevará a cabo una investigación.

Por lo tanto, este trabajo de investigación examinará un tema relevante pero escasamente aplicado a los procesos penales hoy en día “La Responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción de funcionarios públicos en el Perú”, el cual se encuentra estructurado en cuatro capítulos, ello con el fin de un mejor entendimiento de la visión y postura a planear. El primer capítulo busca desarrollar los conceptos de las figuras de la “Administración pública” y “funcionario público” así como el esclarecimiento y diferenciación de éste último con el servidor público, además de señalar de manera breve los delitos con mayor relevancia cometidos por funcionarios públicos y a forma de conclusión una clasificación desde la óptica conductual del funcionario. El segundo capítulo abarcará la figura del Estado, su posición como un titular de derechos y el sustento por el cual puede reclamar una reparación civil, aunado a ello y a manera de ejemplificación se empleará derecho comparado buscando una visión externa acerca de la forma de aplicación de dicha reparación. El tercer capítulo se enfatiza más en la figura de la responsabilidad civil, buscando desarrollarla en todos sus aspectos, sea concepto,

clases y elementos que la constituyen como: acción o conducta antijurídica, daño causado, relación de causalidad y los factores de atribución.

Finalmente, el cuarto capítulo se centrará en la exigencia de reparación civil una vez que un funcionario público cometa un delito de corrupción. Se utilizarán criterios cuantitativos-objetivos y cualitativos-subjetivos para determinar el monto necesario para la reparación civil.



Capítulo 1

La administración pública y los delitos de corrupción de funcionarios públicos

La corrupción es una problemática universal que aqueja a todos los países a nivel mundial, lamentablemente con el pasar del tiempo ha ido consolidándose llegando hasta los cimientos del Estado, afectando sus sistemas, así como la actividad humana sea en el ámbito privado o público (Estévez, 2005). Siendo este último ámbito en el cual nos enfocaremos para el presente trabajo, pero para poder abordar el tema de manera más clara, debemos tener noción de algunas variables, entre ellas: Administración pública y Funcionario público.

1.1. Definición de Administración Pública

El gobernar implica una correlación entre el pueblo y el gobierno, ello se da a través de una serie de leyes, ello en búsqueda de la eficiencia y transparencia para un óptimo manejo de recursos públicos (Martínez, Ch., Martínez, K., Martínez, L. & Miguel, A. ,2020).

Según lo mencionado por García de Enterría y Ramón Fernández (2002), refieren que la Administración Pública nace tomando como base el principio de separación de poderes y a su vez las diferentes funciones que ostentarán esos poderes, pero todo ello orientado a los fines establecidos por el Estado. Por otro lado, el autor Andrés Serra Rojas señala que la Administración pública es un medio a través del cual el Estado se servirá para sus fines, es decir la administración tendrá los roles de seleccionar, organizar y coordinar las actividades del Estado empleando para ello un personal adecuado.

La doctrina moderna en su intento por buscar establecer una noción que abarque todo el concepto de administración pública estableció diferentes criterios, como el subjetivo, objetivo y mixto (García de Enterría y Ramón Fernández, 2002). Ante ello Garrido Falla sostuvo que el criterio subjetivo que adoptaba la doctrina de aquel entonces tenía una visión muy extremista ya que consideraba como función administrativa a cualquier actividad que ejerciera la rama ejecutiva del poder público, pero con el pasar del tiempo dicho criterio ya no se reducía solamente a esa rama, sino que abarcó otros órganos. Más tarde Ivanegra (2005), citando a Merkl definiría a la administración pública como aquella que comprende las funciones de organismos y entidades que se basan en relaciones de dependencia, es decir el derecho que ostenta un superior de dar órdenes y el órgano inferior de obedecerlas. Es decir, aplica una doctrina basada en la relación “órgano-función”. Siguiendo la línea de dicho planteamiento para que la administración pública llegue a ser considerada como tal debe contar con: organización del poder público y el ejercicio de una función estatal a través de ella (Abruña, 2011).

Con la posterior aparición de procesos de descentralización, así como entes territoriales y particulares con funciones administrativas decae la relación “órgano-función”, es decir ya no

se asociará la figura de la administración pública a un órgano en sí, sino que donde se ejerza la función administrativa se encontrará la administración sin importar el sujeto que la realice. Con la llegada del criterio objetivo la actividad será calificada por su contenido como una función administrativa obviando a quien la realice. Sin embargo, el criterio objetivo no está libre de críticas ya que Gordillo (1998) toma los criterios subjetivo y objetivo como insuficientes para definir una administración pública, él promoverá un nuevo criterio mixto y orgánico, en el cual la Administración Pública tendrá una variedad de funciones como expedir normas, realizar actividades prestacionales o decidir respecto a casos individuales. A partir de este criterio se intentará definir la Administración Pública.

Finalmente, la Administración pública será entendida como una organización del poder público el cual actuará con potestad administrativa. Asimismo, por ser un poder público tendrá otros elementos como un fin público, servicio dirigido a intereses generales y actuar siempre tomando en cuenta los principios de eficacia y economía como los demás poderes.

1.2. Definición de funcionario público

El ambiente corrupto en el Perú se ha viralizado como un fenómeno peregrino y constante en las últimas décadas y si bien es cierto se encuentra presente en actividades públicas y privadas, presenta mayor recurrencia en los funcionarios públicos. Tomando en cuenta la lista de denuncias que han sido registradas en la Procuraduría de Anticorrupción, se observa una reincidencia por parte de los funcionarios en cuatro tipos penales relacionados a la corrupción, los cuales son: cohecho, colusión, peculado y malversación. Previo a ello abordaremos la concepción de los términos “funcionario” y “servidor” público, ya que surgen controversias respecto a si son la misma figura o son diferentes entre sí.

Nuestra Carta Magna no nos brinda una definición lo suficientemente clara para definir a un funcionario o servidor público, el artículo 39 señala que todo su personal público, dentro del cual menciona a los funcionarios; se encuentran al servicio de la Nación, por otro lado, el Artículo 40 descarta la vinculación a una función pública respecto de trabajadores de empresas del gobierno o de sociedad de economía mixta”. Debido a ello diferentes normas de ramas del Derecho se vieron forzados a encontrar una definición más exacta.

Siendo así, el Decreto Supremo N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa) establece que el “funcionario público” es aquel electo por un poder cualificado para desarrollar grados de un nivel superior en los poderes públicos y organizaciones independientes. Por otro lado, señala al “servidor público” como el particular que brinda servicios en entes administrativos con una previa designación o contratación

proveniente de una autoridad con competencia, sujeto a los requerimientos establecidos por ley, con trabajo legal y remunerado.

Por otro lado, la Ley de Marco del Empleo Público, Ley N° 28175 identifica 3 tipos de trabajadores en el sector público: funcionario público, empleado de confianza y servidor público. El “funcionario público”, es aquel que ejerce actos de preferencia en razón del Estado o un sector poblacional. El “empleado de confianza” desarrolla puestos de confianza ya sean especializados o políticos, pero diferentes a los del funcionario público. Finalmente, el “servidor público” es el encargado de realizar funciones administrativas concernientes a direcciones de programas o proyectos, elaborar planes políticos de intervención administrativa, supervisar, etc.

No obstante, la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por la Resolución Legislativa N° 26757, concibe al funcionario o servidor público: “aquel funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluyendo a los seleccionados o electos para realizar actividades en representación o al servicio del Estado, sin importar el nivel jerárquico”. Se puede apreciar de las concepciones previamente señaladas por el ordenamiento jurídico que hay características comunes en ambas figuras, ya que como señala Edgardo Donna (2005), se refiere a aquel sujeto que este anexo a la administración pública, ocupa un lugar en la administración es decir no aporta desde una esfera externa, percibe un salario del Estado y posee un régimen jurídico administrativo propio.

Por otro lado, las figuras de “funcionario o servidor público” no serán concebidas de la misma manera en el Derecho Penal que en el Derecho Administrativo, ya que si bien en éste último la figura de “servidor público” se caracterizaba por su inserción al ámbito público de forma voluntaria, permanente y profesional, en la rama penal no cabe hablar de un servidor en sí, sino de “funcionario público” el cual se definirá en base al eficiente desempeño del ejercicio de sus funciones sin ser trascendental su integración a la organización administrativa ni su vínculo profesional o permanente.

El hecho de que haya concepciones distintas sobre una misma figura se basa en el enfoque que se le da para definirla. Mientras que el Derecho Administrativo prioriza el vínculo entre la Administración Pública y el agente; el Derecho Penal brinda mayor relevancia a la seguridad de la función pública, es decir vela por su correcto funcionamiento ante las conductas del mismo funcionario o terceros ajenos. Siguiendo dicha lógica el Derecho Penal adopta una visión amplia de lo que implica ser funcionario público, en donde lo que caracteriza a dicha figura es su cercanía o proximidad al bien jurídico protegido, ya que el hecho de atribuirle un delito conlleva a un quebrantamiento de los deberes de su puesto.

El Código Penal recoge en su artículo 425, los supuestos en donde el sujeto será considerado como funcionario público, haciendo énfasis en el cargo público y su intervención en la actuación de funciones públicas, los supuestos regulados son:

- a) Los abarcados en la rama administrativa.
- b) Los que ejercen puestos políticos o de confianza, además de los provenientes por elección popular.
- c) Aquellos que sin importar su régimen laboral mantengan un vínculo laboral o contractual de cualquier índole con el Estado, incluso empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado y en base a ello realicen funciones en dichas entidades.
- d) Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
- e) Los pertenecientes a las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
- f) Los asignados, elegidos o proclamados por autoridad competente para tareas o actividades en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.
- g) Otros indicados por la Constitución y ley.

1.3. Delitos cometidos por funcionarios públicos.

El rol del funcionario público siempre estará ligado a aceptar distintas responsabilidades (Chaba, 2020), ya que ellos se encargan de dirigir asuntos que son de relevancia para el país y sus ciudadanos en todos los ámbitos estatales. Por ende, su actuar debe ser con profesionalismo y rectitud dentro del marco legal. De no ser así, serán llevados y juzgados por los órganos jurídicos. Los delitos cometidos por funcionarios públicos, son aquellos en los cuales éstos últimos no cumplen sus funciones tal cual les fueron encomendadas, sino por el contrario generan perjuicio a terceros, o sino realizan actos para favorecer a otros obteniendo una ventaja económica a cambio (Jara Pacheco, 2021). Ocasionando una defraudación al compromiso asumido con el Estado faltando al vínculo funcional que voluntariamente asumió para trabajar y decidir en favor de la comunidad, pero actúa distinto a lo normativamente previsto (Vílchez, 2022, p.177).

Partiendo de nuestro Código Penal Peruano, podemos ubicar los delitos cometidos por funcionarios públicos entre los artículos 376 al 401, en el Capítulo II del Título XVIII de la Parte Especial. Para que se configuren dichos delitos se requiere de una particularidad, es que el autor que intervenga en el ilícito debe ostentar el cargo de funcionario público, es decir requerirá de un “autor especial” para su comisión por ser sujetos cualificados. Dicha conducta será el causante de la infracción a sus deberes los cuales son propios del cargo, abusando de sus facultades en nombre o por delegación del Estado.

Previamente se señaló que el artículo 425 de nuestro Código Penal, enumera quienes ostentan la figura de funcionarios públicos, y si bien es cierto en muchos casos no son solo los

funcionarios públicos quienes participan del ilícito, es decir hay intervención de terceros, serán juzgados y reprimidos a título de complicidad o instigación del hecho punible. Ello según el artículo 25 (Código Penal, 1991): “El cómplice responde perennemente en alusión al hecho sancionable ejecutado por el autor, pese a que los elementos especiales que motivan la penalidad no coincidan con él”.

Ahora bien, la mayoría de los delitos cometidos por funcionarios califican como dolosos y realización comisiva, se introdujeron las modalidades culposas como el Peculado señalado en el artículo 387°, así como delitos omisivos como se plasma en el delito de Omisión, Rehusamiento o Demora de Actos funcionales. La penalidad para este tipo de delitos es conjunta y establece 3 tipos de penas: “privativa de libertad, multa e inhabilitación”. Respecto a la inhabilitación cabe señalar que implica la privación del puesto que ejercía el autor del ilícito, así como la imposibilidad de a futuro poder volver a ejercer funciones públicas.

Si bien es cierto la lista de esta clase de delitos es extensa, se procedió a tomar en cuenta los delitos con mayor cantidad de procesos hasta la actualidad según la Procuraduría de Anticorrupción para poder realizar un estudio a mayor profundidad, entre los cuales se encuentran:

- Nombramiento, designación, contratación, encargatura o aceptación ilegal de cargo, el art. 381 (Código penal, 1991) señala “Si un funcionario público nombra, designa, contrata o encarga a alguien que no cumple con los requisitos legales para un cargo público, será castigado con una pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años, y con una multa de sesenta a ciento veinte días.”
- Colusión simple y agravada, el art. 384 (Código penal, 1991) refiere: “El funcionario o servidor público que defraude al Estado o entidad u organismo del Estado, ya sea directa o indirectamente, en cualquier etapa de la adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier otra operación a cargo del Estado, será castigado con una pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años. (...)” En este delito el autor defrauda la confianza que el Estado deposita en él y afecta el patrimonio público.
- Peculado Doloso y Culposo, para lo cual el art. 387 dice: “En caso de que un funcionario o servidor público se apropie o utilice caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le haya sido confiada por su cargo, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años. (...)” (Código penal, 1991). Es un delito que lesiona también el patrimonio estatal ya que consigue un beneficio ilegalmente para él o un tercero, si el valor del bien sobrepasa las 10 UIT

(Unidad de Impuesto Tributario) se constituye en un agravante para la determinación de la pena.

- Malversación, señalado el art. 389 (Código penal, 1991) lo siguiente: “El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años (...)”.
- Cohecho pasivo propio, refiriendo el art. 393 (Código penal, 1991) “El funcionario o servidor público que acepte o reciba una donación, promesa u otra ventaja o beneficio para la realización u omisión de actos en violación de sus obligaciones, o que las reciba como resultado de haber faltado a ellas, se le sancionará con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación. (...)”. Es decir, se basa en un pacto o acuerdo injusto entre el funcionario y un tercero para la violación de deberes funcionariales.
- Tráfico de Influencias, donde el art. 400 (Código penal, 1991) señala: “En caso de que alguien invoque o tenga influencias reales o simuladas, reciba, haga o prometa una donación, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para sí o para un tercero, con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que debe conocer, esté o haya conocido un caso judicial o administrativo, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. (...)”.
- Enriquecimiento Ilícito, plasmado en el art. 401 (Código penal, 1991): “El aumento ilícito del patrimonio de un funcionario o servidor público en comparación con sus ingresos legítimos será sancionado con una pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. (...)”. Es decir, hay un aumento anormal y progresivo del patrimonio económico a través de actos irregulares que generan un aumento en los activos o una disminución en los pasivos. Las conductas anormales, mediante las cuales el funcionario aumenta ilícitamente su patrimonio económico, son responsables de la punibilidad.” (Portocarrero Hidalgo, 1996).

Según Ferreyra Delgado (1985) “(...) el hecho de que el enriquecimiento no tenga justificación es un elemento del delito de enriquecimiento ilícito, no solo una condición para que el enriquecimiento sea sancionado.”. Además, se observa la particularidad de que la ley ordena el decomiso, es decir la privación de la propiedad, de todos los bienes que hayan sido obtenidos mediante la comisión del ilícito penal. Debe tomarse en cuenta que sea paulatino o continuo el aumento del patrimonio, debe haberse generado necesariamente en el lapso de

tiempo que el individuo ejercía la función pública, es decir desde que acepta hasta que deja su cargo.

Cabe señalar que, en estos delitos, los plazos de prescripción para la acción penal se duplicarán según lo señalado en el artículo 80 “(...) El plazo de prescripción se duplicará para los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado u organismos sustentado por este, o como miembros de organizaciones criminales. (...)”. Además, no se podrá aplicar la suspensión de ejecución de la pena en los delitos de Colusión simple y Agravada, Peculado Doloso y Culposo, Malversación, Cohecho Pasivo Específico, Corrupción Pasiva de Auxiliares Jurisdiccionales, Negociación Incompatible o Aprovechamiento indebido del cargo y Enriquecimiento Ilícito.

1.4. Clasificación en base a la conducta ejercida por el funcionario

En la doctrina penal hay diversas posturas respecto al bien jurídico general protegido por los delitos contra la Administración Pública, pudiéndose identificar 3 planteamientos principales:

- La honradez, honorabilidad, plenitud y lealtad del funcionario público.
- Las expectativas que se tienen del ejercicio de los funcionarios y su papel a desempeñar en nuestro sistema social.
- El adecuado y regular ejercicio de la administración pública.

De los mencionados anteriormente, el planteamiento que prevalece hoy en día en la jurisprudencia y doctrina es el último, es decir “el adecuado y regular ejercicio de la administración pública”, de ello se concluye que dicho bien jurídico tiene un carácter supraindividual, en donde la legitimidad pertenecerá a la sociedad y es indisponible al sujeto privado. Esta postura fue adoptada por el Acuerdo Plenario de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia en su Acuerdo Plenario N° 1-2010/CJ-116, Fundamento 14 el cual señala:

(...) no todos los ilícitos señalados allí [capítulo del Código Penal referido a los delitos funcionariales] tienen relación con el carácter patrimonial, debiendo evaluarse cada tipo penal verificando si se cumple con el presupuesto establecido para extender el plazo de prescripción según la vulneración de bienes jurídicos tutelados vinculados inmediatamente al patrimonio público o el mero funcionamiento apropiado de la administración pública.(...).

Ahora bien, teniendo identificado lo que en principio sería el bien jurídico-penal protegido, vale cuestionarse “¿Por qué el Estado sanciona penalmente estos comportamientos?”, ya que si bien es cierto asume obligaciones conferidas por la sociedad para asegurar en las personas condiciones de desarrollo, también asume el rol de prever y tipificar

las conductas que entorpezcan dichas condiciones. Y es que el aparato punitivo del Estado traspassa lo que de manera superflua vemos y entendemos como el correcto funcionamiento de la Administración Pública, llegando hasta la raíz es decir garantizar las herramientas básicas y principales para que la persona se desenvuelva y crezca en una sociedad con un funcionamiento idóneo.

Lo que se busca no es castigar una mera desobediencia, sino la ruptura que ocasiona la conducta del funcionario respecto de la Administración Pública, ya que al ingresar a dicha institución se comprometió a mantener tales condiciones de desarrollo de la persona y la sociedad en la que se encuentra. Es decir, lo que se busca es sancionar penalmente su desvinculación a los deberes positivos que en un inicio asumió, tal desvinculación se encuentra íntimamente ligada a conductas o actos de corrupción.

Según Vílchez Chinchayán (2022), se requiere de un criterio que nos permita conocer mejor el corazón de este grupo de delitos, ya que nuestro legislador realizó una distinción formal en el Código Penal entre el capítulo II del Título XVIII y la sección de delitos de corrupción de funcionarios, siendo los delitos del capítulo II también delitos de corrupción de funcionarios, mismos que requieren pasar por una reclasificación pero esta vez tomando como criterio las particularidades que se presentan en la ejecución de la conducta.

Dando a luz la siguiente clasificación, Delitos contra la Administración pública por:

- **Conductas de Abuso**, por intimidación a particulares e imposición de voluntad propia. Encontrando aquí los delitos de concusión, abuso de autoridad y exacciones ilegales. Si bien puede decirse de manera general que en estos delitos contra la Administración pública hay un abuso del funcionario, la particularidad de este grupo es que el funcionario desnaturaliza el poder público que ostenta según sus competencias y además priva la voluntad del sujeto pasivo por medio de actos violentos, amenazas o engaño. Aquí no entra a tallar el poder de convencimiento que pueda tener un funcionario sobre el particular, es más no cabe dicha posibilidad. Lo que hay es un sometimiento empleando su posición pública en unos casos y en otros anula la aprobación de los sujetos pasivos ocasionándoles una afectación, perjudicando al particular y beneficia al funcionario. Debiendo presentarse un *metus publicae potestatis*, es decir un temor a la autoridad por lo que podría ocasionarle al sujeto pasivo, si hiciera un uso irregular con las funciones públicas que ostenta e, ejerciéndose en este tipo de conductas de abuso una presión coactiva sobre el particular.
- **Conductas de Gestión**, interviniendo por su cargo, control de operaciones y administración de bienes y servicios obteniendo beneficio de ello. En este caso, la

conducta del funcionario será alterada para un provecho, pero ilegal. Se materializa este supuesto cuando se aprovecha un contexto donde habría una apariencia de legalidad como el disponer de bienes, además el incumplimiento no se identifica de manera instantánea. Presentándose de dos maneras, facultades especiales para: contratación y administración de recursos públicos.

En lo que cabe a **contratación** encontramos la negociación incompatible y colusión, en ambos delitos el funcionario deberá intervenir en la contratación pública descatando sus competencias al no actuar dentro del marco legal. Por último, respecto a la **administración de recursos públicos** tenemos al peculado y malversación de fondos en donde se exige un funcionario con cargo de administración, custodia o percepción de bienes apropiándose de los mismos o permitiendo que terceros lo hagan activando con ello la acción punitiva del estado.

- **Conductas de Aprovechamiento**, en donde por el simple hecho de ser funcionario público y sin necesidad de emplear violencia o abuso obtiene provecho de ello, por el contrario, el ocultamiento y la clandestinidad serán su mejor aliado. El aprovechamiento indebido se presenta disimulando u ocultando su actuar ya que no hay razón para tratar con particulares o incidir sobre bienes o recursos públicos. Mas aun pudiendo concretarse estas conductas con la ayuda de particulares mediante aparentes negociaciones o por el simple hecho de ser funcionario, estas conductas se visualizan en los delitos de cohecho tanto en pasivo como activo impropio, enriquecimiento ilícito y tráfico de influencias. Es importante tener en claro que aquí cualquier funcionario podrá ser sujeto activo, la peculiaridad serna el pacto con los particulares.

En el cohecho pasivo impropio estaremos ante un delito de oportunidad donde un funcionario sin necesidad de ir en contra de sus obligaciones sacará provecho mediante un beneficio ya sea patrimonial o de cualquier otro tipo mediante acuerdos o en razón de actuación motu proprio. Bastará con que el funcionario esté vinculado a la Administración pública para cometer estas conductas, incluso no necesita siquiera una función específica. Se puede incluir dentro de este grupo al enriquecimiento ilícito donde se sancionará siempre y cuando no pueda probarse que el ingreso fue a causa de una actividad específica.

Capítulo 2

El Estado como titular de derechos y pasible de reparación civil.

2.1. El Estado como titular de derechos

Habiéndose identificado en el capítulo anterior el bien jurídico protegido de manera general; es decir el “adecuado y regular ejercicio de la administración pública” en los delitos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, corresponde ahora evaluar la titularidad de dicho bien, la cual recaerá en la misma Administración Pública o Estado.

Si bien es cierto, en el Derecho Penal se concibe a la Administración Pública como el objeto general de tutela, es el Estado compuesto por una pluralidad de instituciones quien asumirá dicha titularidad, como sujeto pasivo del delito. Esto no consiste en salvaguardar a la Administración per se o su prestigio, sino la función pública en sí misma, para ser específicos su “adecuado funcionamiento”. Por eso “el objetivo es custodiar penalmente el habitual, oportuno y transparente desarrollo de la Administración Pública, enfocada siempre en el logro del bien común.” (Abanto Vásquez, 2003, p.16).

En estos delitos se puede presentar la particularidad de 2 sujetos pasivos, uno de forma genérica y otro de manera específica. El sujeto pasivo “genérico” será la Administración pública y el “específico” será el ciudadano o la entidad estatal afectada. Ahora bien, el agente pasivo-titular no necesariamente será el mismo que la figura del afectado o agraviado directo, tal es el caso del “Abuso de Autoridad” en donde quien padecerá el actuar arbitrario del funcionario público es primariamente el ciudadano, es decir una persona particular diferente al ente estatal, pero no por ello se dejará de considerar al Estado como sujeto pasivo, ya que dicho accionar arbitrario el cual proviene de un miembro y representante estatal transgrediendo la ley, vulnerando la legalidad y legitimidad de la administración pública impidiendo el cumplimiento de su rol constitucional. Con la anterior ejemplificación queda demostrado que el titular del bien jurídico en ciertos casos podrá serlo también el ciudadano, pero siempre lo será el Estado.

Para que la Administración Pública-Estado pueda ir contra el causante de la lesión del bien jurídico protegido, debe ser un sujeto de derecho, y estar plenamente reconocido en nuestro ordenamiento. El Código Civil Peruano concibe a la persona jurídica como un titular de derechos de forma autónoma lo cual conlleva derechos y deberes propios, tal como lo afirma el artículo 78 “La organización es distinta de sus miembros y ninguno de ellos tiene derecho al patrimonio de la organización ni está obligado a pagar sus deudas.” (Código Civil, 1993). En nuestro ordenamiento jurídico se brinda al Estado la calidad de persona jurídica y con ello se le considera “sujeto de derechos”, eso significa que ante la vulneración de un bien jurídico

causado por ilícitos de corrupción, tendrá legitimidad para obrar y exigir la reparación del daño causado.

De acuerdo con lo señalado previamente, se puede afirmar que el Estado gozará de “personalidad jurídica”. Juan Linares (1986) señala que “El Estado se encuentra estructurado como una comunidad global personalizada, en otros términos, dotado de personalidad jurídica suprema” (p.184). La "aptitud" de un ente jurídico para adquirir derechos y obligaciones se atribuye al concepto de personalidad jurídica. La importancia de esta idea radica en que el derecho establece un vínculo de naturaleza jurídica entre dos sujetos: el primero en su condición de titular del derecho y el segundo en su condición de responsable de su cumplimiento.

A su vez, Mario Álvarez (s.f.) refiere que dicha figura comprende “una definición creada como instrumento teórico-jurídico cuyo propósito es examinar la conducta humana en sociedad, pero manifestada de manera colectiva en un fin común (p.186). En consecuencia, se concebirá a la persona jurídica como una herramienta o medio práctico que apunta a permitir la realización de acciones humanas necesariamente en grupo, en donde si bien el Estado no será perceptible a través de los sentidos, pues sí lo será mediante sus efectos como lo son las decisiones o medidas que tome.

En esa misma línea, la personalidad jurídica del Estado surge como resultado de la autolimitación del Estado, ya que el cuerpo político se somete voluntariamente al derecho, lo que lo convierte en un sujeto de derechos, competencias, atribuciones, responsabilidades, obligaciones, etc. El Estado, como entidad jurídica, tiene una identidad propia y distintiva, tal como lo señala Raúl Rebagliati (1975), el Estado es un poder basado en el derecho, una persona moral con derechos y obligaciones. (p.189).

Obteniendo con ello un Estado que haciendo uso de la personalidad jurídica podrá imputar actos que sus transitorios representantes es decir funcionarios públicos cumplieron mientras se encontraban en el porvenir político, asumiendo cargas y obligaciones las cuales no se transforman ni se acaban a pesar del reemplazo posterior que se les pueda aplicar, por ello se parte de esa realidad para formular pretensiones de reparación civil en los delitos de corrupción de funcionarios públicos.

El Tribunal Constitucional estableció una serie de derechos de las personas jurídicas la cual fue plasmada en la STC. 4972-2006-PA/TC (Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C., 2006) en la cual se encuentran:

- a) El derecho igualitario 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), entre otros.

De lo mencionado anteriormente, se concluye que el Estado es percibido por el derecho como un sujeto con personalidad jurídica, por consiguiente:

- a) Surge como una organización legalmente establecida con personalidad jurídica y capacidad para establecer relaciones jurídicas y;
- b) Interviene legamente mediante sus actividades estatales y mediante sus funcionarios, pudiendo ir contra estos en caso se aparten del correcto y regular funcionamiento de sus funciones, contemplados dentro del marco legal.

2.2. Derechos del Estado afectados por los delitos de corrupción

Cuando se cometen delitos de corrupción, se origina una vulneración a la institucionalidad del Administración pública, la cual es un atributo básico de un Estado de Derecho a través de la cual los organismos y sus representantes tienen el deber de desarrollar sus funciones en pro del bien común, haciendo uso de la norma de forma imparcial. Dicha institucionalidad se encuentra íntimamente vinculada al derecho a la identidad del Estado, pero hay sectores de la doctrina y jurisprudencia que difieren de esta visión, sosteniendo que lo que se lesiona es el “derecho a la imagen” del Estado y no el “derecho a la identidad” del mismo, incluso hay otros quienes señalan una afeción al “derecho al honor”. Por ello es necesario

explicar en qué consiste realmente cada derecho, para tener una fuerte y determinante convicción de que lo realmente vulnerado es la identidad del Estado, teniendo a continuación:

- **Derecho a la imagen.**

Este derecho está regulado en el artículo 15 del Código Civil; el cual hace mención de aquella situación jurídica donde se tutelaré la proyección física del titular procurando que su difusión o propagación sea precisa y fiel a la original, sin sufrir alteraciones. A su vez la Constitución política del Perú protege el derecho de cada persona a una imagen propia, lo que significa que si se viola por afirmaciones falsas o inexactas en cualquier medio de difusión, el lesionado tiene derecho a solicitar la rectificación inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades establecidas por la ley. Según Castellanos (2018) es un derecho personal que hace alusión a la capacidad del interesado para difundir o publicar su imagen mediante medios de comunicación social, ya sea gratuitamente u a cambio de dinero.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Peruano (2008) brinda su perspectiva e identifica al derecho a la imagen como un derecho independiente que brinda protección contra reproducciones de la imagen que afecten la esfera personal del titular de derecho, dañen su buen nombre o revelen su vida privada. (p.81).

La expresión corporal y su representación conforman la imagen, lo cual se transforma en una manifestación del ser humano, confiriéndose un derecho en particular para la defensa de su personalidad. Partiendo de la premisa de la imagen como manifestación del ser humano y por ende de su personalidad, se puede afirmar que el derecho a la imagen es la expresión de los derechos de la personalidad, en conjunto con el derecho al honor, identidad, intimidad, entre otros. Por ello señala Chaname (2003), que dicha manifestación de derechos implica un espacio individual y reservado ante la expectativa de los demás, el cual no debe ser traspasado ya que es necesaria su reserva para sustentar una condición mínima de vida humana digna (p.34).

Reafirmando dicha visión, Castilla (2013) refiere que el reconocimiento y protección de este derecho le permite a cada ser humano un monopolio o control sobre la representación de los rasgos fundamentales de su aspecto físico que garanticen su identificación de manera clara ante la sociedad.

Luego de haberse plasmado distintas concepciones e ideas de la protección que se debe brindar al derecho a la imagen, se puede inferir que el derecho mencionado es una característica esencial de la personalidad humana, ya que es el resultado de la manifestación genuina de la individualidad humana y está estrechamente relacionado con la dignidad de

toda persona humana. Además, el daño a la imagen se posiciona en un ámbito más extenso siendo plasmado por un daño existencial es decir no se reduce al patrimonio que efectivamente tiene el lesionado, sino que abarca incluso la posibilidad de realizarse dicho daño, siendo muy complejo el uso de este derecho para determinar su efectiva afectación. Por ello cabe señalarla y considerarla como una proyección o extensión del derecho a la identidad, mas no la identidad misma.

- **Derecho al honor**

Contemplado en el artículo 5 del Código Civil además del artículo 2 inciso 7 de la Constitución política del Perú, se sostiene que todo individuo ostenta tanto derecho al honor como a la buena reputación. Este derecho reconoce que cada persona tiene un valor y se le defiende de los razonamientos que se puedan emitir de ese valor. El honor tendrá distinta denominación según quien emita el juicio, es decir si el juicio lo emite una persona, se hablará de honra. Pero si es una colectividad la que emite un juicio de valor de alguien en concreto, hablaremos de reputación.

Es importante precisar que al vivir en una sociedad, todos tienen derecho a ser respetados y considerados, ello implica por ende la obligación de respetar a los demás. En el plano jurídico se empleará una herramienta, la cual será un derecho que incluya la capacidad de cada persona para solicitar un trato decoroso, así como la obligación de los demás de responder. De esta manera, el honor corresponde a toda persona por el simple hecho de serlo y se basa en el principio de igualdad. Si bien, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, se pueden establecer diferencias para determinar la cantidad a pagar, ya sea personal, profesional o circunstancial. Sin embargo, esto no debe afectar la dignidad de las personas tomando como base los derechos fundamentales (Castellanos, 2018, p.79). El derecho al honor establecido en la Constitución será igual para todos y estará en armonía con el resto de principios y valores que componen la Carta Magna. Puede que estos derechos presenten rasgos similares debido a que son derechos de la personalidad humana, sin embargo, son independientes ya que sus materias y propósitos son distintos, no comprenden un mismo derecho (Volpato, 2016, p.63).

Según Jurio & Erquiaga (2005), el honor como término jurídico se refiere a la estimación individual de cada hombre por parte de su sociedad, protegiéndolo contra ataques en la medida en que la sociedad estime relevante. Efectivamente, el honor es un bien jurídico de gran valor ya que en base a ello cada miembro de la sociedad es meritorio de un mínimo estándar de honor y respeto. Esta manifestación de la personalidad es uno de los bienes jurídicos más complejos para aprehender desde la concepción jurídica debido a su

relativización. El ataque al honor dependerá de factores, como la vulnerabilidad, tipo de formación del causante, el contexto de ambas partes, causante y lesionado; las relaciones recíprocas y circunstancias del hecho (Muñoz F, 2010, p.104).

Aunque en nuestro ordenamiento existe un cuerpo normativo que plasma una definición del derecho al honor, esta no deja de ser vaga y abstracta, ya que se reduce a una concepción valorativa de la sociedad respecto del sujeto, puede ser porque estamos ante un concepto pre jurídico que, en vez de permanecer inmutable, sufre alteraciones con el tiempo y los planteamientos actuales de la sociedad. Un individuo puede atentar contra su propia honra al cometer actos que la degraden, en este escenario la normativa jurídica no podrá asegurar la salvaguarda de este derecho debido a que la proveniencia es de sus propios actos; caso contrario es si es que el causante es un sujeto ajeno, en donde el lesionado sí podrá ir contra el autor. Finalmente y teniendo en cuenta lo plasmado en líneas anteriores, se puede precisar que el honor es innato al ser humano y siempre será consustancial a la persona, puesto que un sujeto sin honor será uno sin título valorativo ante la sociedad, pero por el hecho de ser una materialización de la personalidad tampoco se puede equiparar a la identidad ni mucho menos reemplazarla, puesto que la identidad comprenderá aspectos fijos y determinados que el honor por su naturaleza mutable no puede.

- **Derecho a la identidad**

Al hablar de derecho a la identidad se le asocia con el buscar proteger el sentido de identificación de los sujetos de derecho con el Estado mismo, éste sentido de identificación abarcará nombre, domicilio, disposiciones de ley como Constitución, entre otros. Es un conglomerado de aspectos que involucra experiencias, vivencias tanto del ser, como el quehacer; reconocido tanto en artículo 2, inciso 1 de la Constitución peruana como el artículo 15 del Código Civil.

El motivo por el cual se genera una confusión entre el derecho a la imagen, honor e identidad es debido a que se quiere asignar el mismo nomen iuris a contextos jurídicos que son diferentes. Para una mejor comprensión se partirá de un ejemplo, se cree erróneamente que comprometer la fiabilidad de una entidad pública, perjudicar la buena gestión del Estado o el reconocimiento de la Administración Pública son causales de afectación al derecho a la imagen, pero en realidad se está violando el derecho a la identidad de la persona jurídica, ya que no se lesiona la apariencia física sino la proyección social del Estado (Ursi R.,s.f., p.333).

Ello cobra fuerza cuando se sostiene que la imagen pública debe ser protegida en relación a la Administración Pública, ya que ésta es una persona jurídica pública con identidad

propia que ha sido obtenida mediante el cumplimiento de los principios que exige la Constitución debiendo ser preservada y cuidada por sus posteriores funcionarios (Cortese W., s.f., p.179).

La transgresión a la identidad del Estado como resultado de un acto de corrupción por parte de sus funcionarios, causará daños tanto económicos como patrimoniales, incluyendo el monto del soborno y la disminución de los ingresos mediante la recaudación pública en donde presenciaremos una pérdida de chance la cual debe estar debidamente acreditada teniendo que aplicar el juez la equidad con criterios objetivos, subjetivos y sociales; así como también daños extrapatrimoniales (pérdida de credibilidad, afectación a la institucionalidad) (Musio, s.f., p.28). Se tiene el equívoco pensamiento que para poder el Estado solicitar una indemnización debe preexistir un proceso penal por delito de corrupción, sin embargo, esto no es así siendo lo únicamente necesario la configuración del daño y su acreditación.

Habiendo ya señalado que los funcionarios públicos podrán ser causantes del daño al derecho a la identidad del Estado se deduce como consecuencia el desprestigio de la Administración pública derivado de la función ilícita siendo susceptible de valoración patrimonial.

Se ha reconocido por sentencias y jurisprudencia nacional que puede haber un daño público que no tenga repercusiones patrimoniales y esté vinculado exclusivamente a hechos administrativos, porque no se presentaron disminuciones o pérdidas de bienes estatales; en cambio se generó un daño moral que lesiona el prestigio del Estado. Ahora bien, se debe acotar que la responsabilidad civil por daño a la identidad puede surgir tanto de una infracción disciplinaria como de un delito cometido, misma que es susceptible de comisión por parte del funcionario, no obstante, el presente trabajo solo abarcará responsabilidad civil ocasionada por delitos de corrupción.

Para finalizar, se plasmó un extracto de una sentencia emitida por el Juzgado Colegiado de Camaná por delito de corrupción de funcionarios, para ser específicos se trató del delito de Peculado donde el sujeto causante fue el alcalde de La Punta-Callao apropiándose de la suma de S/.19,224.68 soles de la caja del municipio, señalando lo siguiente:

La responsabilidad civil por delitos de corrupción en perjuicio del Estado implica daño no patrimonial a la persona, particularmente daño a su derecho de identidad (...). El derecho a la identidad es una situación legal en la que la identificación de los sujetos de derecho está protegida (identidad estática). El artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú reconoce el derecho a la identidad pública de una persona jurídica, que es una

proyección social del Estado y debe ser compensada (Sentencia del Juzgado Colegiado de Camaná N° 34, del 7 de junio de 2016).

En la presente sentencia se acogió el “derecho a la identidad” como criterio de afectación al momento de fundamentar, en razón de que el Juzgado consideró que el derecho que realmente estaba siendo lesionado por dicho funcionario público al momento de la comisión del delito de corrupción fue éste último en mención, ya que con el actuar del alcalde lo que se generó fueron daños tanto patrimoniales- disminución de ingresos al Estado como extrapatrimoniales para ser precisos una pérdida de credibilidad de un correcto y transparente gobierno por parte del sujeto causante; y como se mencionó previamente ello conforma el “derecho a la identidad”.

2.3. El Estado y la reparación civil

Como bien se ha mencionado en el apartado anterior, el derecho a la identidad institucional del Estado se ve seriamente afectado cuando los funcionarios cometen delitos de corrupción, estando dicho derecho ligado al ámbito constitucional pues se reconoce tal identidad en una persona jurídica siempre que se cumplan con los fundamentos y valores contemplados en la constitución peruana. Al cometerse un delito de corrupción se originarán daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales según sea el caso, puesto que la consecuencia directa será el resquebrajamiento en la credibilidad del buen actuar, por parte de la población hacia los funcionarios que integran la Administración Pública. Esta vulneración del derecho a la identidad legitima al Estado como sujeto de derechos, pero sobre todo como titular de la afectación a exigir el resarcimiento mediante una reparación civil, pudiendo actuar directamente contra el funcionario que contravino al marco legal e incumplió con el cargo que le fue atribuido.

Sin embargo, al tener participación la “reparación civil” en los procesos penales por delitos de corrupción de funcionarios, surgen cuestionamientos respecto a la proveniencia respecto a su naturaleza jurídica, en otras palabras, si se encuentra dentro del ámbito penal o civil, por lo que se buscará dilucidar dicha incertidumbre, así como desarrollar su figura propiamente.

Los actos de corrupción al ser hechos delictuosos dan origen a un proceso penal incluso el pago de reparación civil por daños generados. En el artículo 92 de nuestro Código penal se establece que la reparación civil se determinará junto con la pena, lo que incluye la restitución del bien y la indemnización de daños y perjuicios, según lo señalado puede definirse como la cantidad de dinero que permitirá al lesionado restaurar el objeto al estado anterior a la lesión o, de lo contrario, compensarlo si no fue posible (Arévalo, 2017, p.1). Según la visión de Hirish y García (tal como se cita en Gálvez, 2016), debido a que la reparación civil es distinta a la pena

y no cumple con los fines de la misma, no puede ser considerada una sanción jurídica penal (p.198). Por otra parte Rodríguez (2016) refiere que la pena tiene el mismo propósito que la obligación de reparar el daño (p.186), en otros términos, la reparación civil tiene igual misión o fin que la pena apuntando a ser sancionadora y preventiva. En posición contraria a Rodríguez, Velásquez (2017) imagina a la reparación civil como una figura exclusivamente civil, ya que aunque está regulada por la ley penal, no tiene ningún impacto en su naturaleza fundamental civil. Esto demuestra que es posible armonizar tanto la acción penal como la pretensión civil (p.78).

Vale considerar de igual manera lo que nuestros tribunales y doctrina sostienen respecto al tema señalando que “Aunque la víctima no posea la facultad de exigir una pena en todos los casos, si tendrá derecho a la reparación por daños y perjuicios que se generen a raíz del ilícito” (Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 51-08).

La conclusión a la que se puede arribar de todo lo plasmado previamente es que la reparación civil es una instauración jurídica de Derecho Civil, y no por el hecho de tener participación en un proceso penal deberá atribuírsele una función punitiva o sancionadora característico del ámbito penal, si bien cumple una finalidad preventiva generando cierta intimidación a los ciudadanos al momento de la realización de hechos delictivos, el propósito de su uso será reparar e indemnizar siendo ello distinto a lo que implica imponer una pena.

La reparación civil es una figura jurídica contemplada esencialmente en nuestro Código Civil abarcando un daño causado, ya sea por incumplimiento de obligaciones provenientes de una naturaleza contractual, ley o fuente obligacional, inclusive por falta a un deber genérico de no causar lesión a otro. Resulta evidente que las acciones delictivas tendrán consecuencias civiles además de las penales, lo que significa que el autor responderá civilmente y debe reparar los daños causados. En nuestro país la reparación civil tiene como objeto principal reponer el daño, con ello el Derecho exige que aquellos que cometen delitos paguen las consecuencias económicas del daño causado.

No obstante ello, se debe tener presente que también ostentará una función preventiva, ya que con su imposición se busca generar en la sociedad un mensaje de inhibición o alerta para cualquiera que intente dañar o perjudicar los bienes jurídicos del resto de ciudadanos como personas naturales o de personas jurídicas, de lo contrario en caso de que se confirme la existencia del delito, se aplicará una sanción económica a la persona involucrada para motivarla a no cometer más el delito que generó la responsabilidad civil (Poma, 2017, p.37).

La legislación peruana en vista de la coyuntura por los delitos de corrupción de funcionarios públicos ha desarrollado distintas leyes a lo largo del tiempo que permitan al

Estado hacer frente ante los ilícitos de dichos funcionarios, permitiéndole actuar contra ellos. Contando actualmente con la Ley N° 30737 – “Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado Peruano en casos de corrupción y delitos conexos” publicada en el año 2018, misma que va dirigida contra personas jurídicas y funcionarios o representantes que han sido condenados por delitos contra la Administración Pública, ya sea en el Perú o en el extranjero.

La Ley N° 30737 derogó el Decreto de Urgencia N° 003-2017, emitiéndose luego de ello el Decreto Supremo N° 096-2018-EF para poder regularla. La normativa de esta ley establece una serie de medidas a ser tomadas en cuenta contra entidades privadas sentenciadas por delitos de corrupción; así como otros sujetos vinculados. Además de ello presenta la particularidad de que categoriza a los sujetos para la aplicación de las medidas, teniendo 3 categorías las cuales se dividen en: 1) sujetos con sentencias firmes por delitos de corrupción en, dentro de la cual se encuentran los funcionarios públicos, 2) personas jurídicas con determinados caracteres y 3) personas o entes jurídicos en procesos de investigación. En base a esta categorización el juez determinará las medidas que aplicará, ello con el único fin de garantizar la cobranza efectiva de la futura reparación civil, atenuando el peligro por dilatación en los procesos judiciales (Salinas S., Enriquez S., Magallanes R., 2023, p.3).

2.3. Derecho comparado

Sin apartarnos de lo que señala el ordenamiento jurídico nacional, es útil tener una visión internacional respecto a la concepción de los demás ordenamientos acerca de las responsabilidades civiles de los funcionarios públicos ante el incumplimiento o violación de sus deberes. Encontrando así diversas soluciones aplicadas:

Argentina

En la República Argentina se realizó una interpretación del art. 144 de su Código Civil y Comercial, en el cual se señala que se imputará a funcionarios o exfuncionarios públicos que hayan causado un daño grave a la Administración pública, civiles y particularmente a la comunidad mediante actos ilícitos e inclusive escandalosos desnaturalizando las reglas de libre competencia, lealtad comercial, buena fe; lo cual obstaculiza el progreso del país, pudiendo haberse evitado si se ejercía todo de forma lícita. A su vez dicha norma sanciona a los controlantes o autores, ya sean directos o indirectos, están sujetos a una responsabilidad ilimitada y solidaria por los daños causados por la actividad de una empresa, ya sea privada o estatal, cuyos objetivos hayan sido violar la ley, el orden público, la buena fe o frustrar los derechos de terceros (Efraín H., s.f., p.3).

En este país se concibe a la reparación civil como una herramienta en favor del Estado, ya que ante el supuesto de comisión de delito de corrupción no se trata de responsabilizar al ente estatal, sino a sus funcionarios o todas las personas consideradas como "controlantes directos o indirectos" que permitieron que la persona jurídica pública actuara de manera antijurídica, sancionándolos ilimitada y solidariamente siendo considerados como legitimados pasivos. Será responsabilidad de los activos acreditar el daño e intentar responsabilizarlos, incluso el Estado podría ser responsable. Sin embargo, no será suficiente una acción u omisión culposa, ya que se requerirá una acción u omisión dolosa. El ordenamiento jurídico argentino al emplear el término "funcionario público" hace referencia a un empleado público que tiene la capacidad de tomar decisiones y, por lo tanto, puede alterar la conducta de la persona jurídica pública, poniendo a manera de ilustración las concesiones, dentro de las cuales se permita una administración fraudulenta para beneficiar a personas jurídicas privadas en detrimento del Estado o administrados.

Por ello afirma Zingaretti (2015) que "es fundamental que los funcionarios públicos que causan daño a los usuarios, administrados y consumidores sean sancionados." (p.303 y sgts). De esta manera, se crea un componente crítico para combatir la negligencia y la arbitrariedad de las autoridades o que tienen a su cargo funciones de carácter público.

México

Por otra parte, para la legislación mexicana la corrupción no solo se considera ilegal, sino que va en contra de las leyes promulgadas por un gobierno honesto y una burocracia neutral. Esto crea una deslegitimación en la sociedad y daña las instituciones democráticas. En cuanto a la ineficacia del sistema penal en México, se indica un 35.6% de confianza, superando solamente a Ecuador y Perú en Latinoamérica. (Herrman, MacDonald, Tauscher; 2011, p.1).

Aunque la Constitución no establece explícitamente la responsabilidad civil de los servidores públicos frente al Estado, se puede inferir que el octavo párrafo del artículo 111 establece que "No es necesario presentar una declaración de procedencia en demandas civiles contra cualquier servidor o funcionario público". Adicional a ello, poseen otra normativa mucho más concreta respecto a la responsabilidad civil del servidor público dentro de su "Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación", plasmando en el artículo 15 el otorgamiento de autoridad para "identificar daños, perjuicios, o ambos; que menoscaben la Hacienda Pública Federal o el patrimonio de las entidades públicas federales, y fincar directamente las indemnizaciones a los responsables, así como sancionarlos de manera pecuniaria". (Müller, 2011, p.173).

Para México, el estado es una persona moral acorde a su artículo 25 del Código Civil Federal y la corrupción transgrede su imagen e institucionalidad, como también el sistema liberal y la cultura de licitud que se busca promover en la ciudadanía. Por ello, la responsabilidad civil recaerá tanto en el servidor público que percibió los beneficios a través de su función como quien se los otorgó, es decir ambos estarán obligados a reparar dicho daño.

Estados Unidos

El sistema del estado norteamericano emplea un mecanismo jurídico denominado acción *qui tam*, el cual tuvo sus inicios en Inglaterra en el Siglo XV; dicho mecanismo consiste en una denuncia formulada por un ciudadano respecto a actos de corrupción de un servidor público, dándosele una compensación proveniente de la multa que se estableció por dicho ilícito. Dicha figura comenzó a aplicarse durante la Guerra Civil en 1863.

Actualmente, el iniciar acciones *qui tam* corresponde a cualquier estadounidense estableciéndose mecanismos para prevenir desquites en contra de los denunciantes; por ello los organismos gubernamentales competentes reciben copias de la demanda y tienen un plazo de sesenta días para decidir si intervienen y adoptan la acción iniciada por el denunciante. Si el Estado decide tomar y continuar la acción el ciudadano será retribuido con el 10% de lo que se recupere, sin embargo, si el ente estatal decide hacer caso omiso a la acción del ciudadano y éste continúa por su propia cuenta el proceso su recompensa ascenderá hasta un 25% (Müller, 2011, p.178).

Por motivos de seguridad y más aún si son iniciadas por un particular, las demandas serán manejadas de forma discreta por la secretaría del Juzgado y las copias serán entregadas únicamente al Departamento de Justicia. Esta figura jurídica ha sido bastante satisfactoria en Estados Unidos, ya que gracias a su aplicación se han visto comprometidos varios servidores públicos de distintos organismos gubernamentales dentro de los cuales se encuentran servicios de salud, medio ambiente, educación, agricultura, etc (Departamento de Justicia de Estados Unidos, s.f., p.2).

El uso de la acción *qui tam* ha permitido la recuperación de 7.8 billones de dólares hasta el año 2013, y los denunciantes han recibido una compensación de 1.3 billones de dólares. La sociedad civil ha podido intervenir para combatir la corrupción de servidores del estado, lo que podría afectar la vida pública por la presión política.

Inglaterra

En el sistema inglés es posible que se inicie una demanda civil contra los servidores públicos, lo que podría incluir la devolución de los beneficios económicos que el autor haya obtenido de terceros debido a la corrupción. Este sistema concibe al Estado como la víctima y

titular de derechos en procesos por delitos de corrupción, por ende, cualquier ingreso que haya obtenido el servidor público proveniente de la contravención a ley le pertenecerán al ente estatal, pudiendo demandársele para la entrega de estos.

Otra alternativa que se aplica es demandar al tercero que llevó a cabo el abono de soborno al servidor público, ello para generar un resultado disuasivo en la ejecución de estos actos teniendo en cuenta que gran parte de los delitos de corrupción son consumados en las espacios de compra de los gobiernos y los importes de coima se camuflan en las tarifas de los bienes o servicios. La obligación solidaria impuesta tanto al corruptor como servidor aplica en función al artículo 1802 del Código Civil de Estado en cual señala que “son solidariamente responsables de la reparación hacia la víctima, los sujetos que causan daño en común” (Gómez, 2017,p.20).

Las disposiciones constitucionales establecen la posibilidad de imponer sanciones que superen el triple del monto recibido o del daño ocasionado, a su vez se afectará con nulidad absoluta la eficacia de los actos jurídicos que se desprendan de los servidores públicos en desobediencia a la ley según el artículo 8 del Código Civil Federal, pues refiere que “los actos de las partes que vayan en contra de las leyes prohibitivas u orden público tendrán como consecuencia la absoluta nulidad, a menos que la ley específicamente establezca lo opuesto” (Gómez, 2017,p.21). La acción *qui tam* para exigir nulidad puede iniciarse con cualquier interesado, como también el tercero perjudicado por el hecho, no siendo susceptible de prescripción.

Capítulo 3

La responsabilidad civil: concepto y clases

3.1. Concepto de responsabilidad civil

Al ser el Estado un sujeto de derechos, deviene en titular al momento de exigir el reintegro de una reparación civil por daños que tengan como causal a delitos de corrupción, la cual acarrea como consecuencia lógica la atribución de una responsabilidad. En esa misma línea, se debe desmenuzar dicho término analizando primero que se entiende por “responsabilidad”.

Etimológicamente, la palabra “responsabilidad” proviene del término *respondere*, es decir; prometer o garantizar en correspondencia a una promesa. Según Emilio Betti (1953), la responsabilidad en términos jurídicos es la situación en la que se encuentra un sujeto que sufre el menoscabo de un bien como sanción, reparación o castigo; por un evento específico. No siendo una responsabilidad ligada a lo moral, sino que es una respuesta del sistema legal a una contravención, transgresión de reglas o normas de diferentes áreas del Derecho. La responsabilidad se afrontará de distintas maneras, dependiendo de la rama que lo analice:

- Responsabilidad penal: el autor responderá mediante penas las cuales se determinarán en un proceso penal. El artículo 28 del Código Penal de Perú establece las sanciones por privación de libertad, restricción de libertad, limitación de derechos y multa.
- Responsabilidad administrativa: conllevará sanciones y medidas restrictivas como resultado de un procedimiento administrativo disciplinario.
- Responsabilidad civil: con un resarcimiento o reparación. De este modo, la “tutela resarcitoria” señalada por el ordenamiento refiere que toda persona perjudicada por un hecho atribuible a un responsable, deberá recibir una compensación que sea precisa o equivalente al daño generado.

El concepto de responsabilidad que será acogido para interés del presente trabajo corresponde al Derecho Civil, el cual se encuentra ligado a la premisa “el que daña o lesiona a otro debe repararlo”. La responsabilidad civil tiene varias definiciones según el enfoque que se le dé:

1. Como entidad de Derecho Privado, es un conjunto de reglas que tienen como objetivo restaurar un estado de cosas preexistente que ha sido alterado por un evento perjudicial.
2. Como obligación, es el deber de resarcir una serie de daños impuesto al que resulte ser civilmente responsable por norma jurídica o de un juicio.

3. Como área de estudio, ello comprende el análisis conceptual y pragmático de los preceptos del ordenamiento dirigidos al resarcimiento o reparación de daños por parte del responsable.

Sin importar el enfoque que se tome para definir la responsabilidad civil, su fin será la aplicación de la tutela resarcitoria; ello por los daños producidos a raíz del incumplimiento de obligaciones contractuales o aquella responsabilidad sin sustento contractual pero que generandaños; es decir ocasionados por la comisión de delitos.

3.2. Clases de responsabilidad civil. Responsabilidad civil contractual y extracontractual

Desde el Derecho Romano ya había una noción de distinción de responsabilidades, a la ley de las XII Tablas se atribuyó el nacimiento de la responsabilidad contractual; y a la *Lex Aquilia* la responsabilidad extracontractual. La Ley de las XII Tablas surge a partir de los continuos conflictos entre los patricios y plebeyos en Roma, por ello entre los años 451 a 449 a.C. se designó un corpus legal para su creación; dicha ley aborda distintos campos de acción que pueden clasificarse en tres grandes segmentos: Derecho Procesal; Derecho Civil y Derecho Penal (Marcos, 2000, p.363). El segundo bloque, que abarca especialmente las instituciones y obligaciones de Derecho civil, se encuentra integrado por las tablas IV, V, VI y VII:

- Tabla IV, hace referencia a la *patria potestas*. Consistía en que el *pater familias* tenía un derecho que alcanzaba límites muy amplios incluyendo el decidir sobre la vida o muerte de sus miembros de familia, permitiéndose al padre dar muerte al hijo nacido deforme, entre otras acciones encontramos el *ius vendendi* que permitía la venta del hijo hasta en tres ocasiones y el *ius noxae dandae*, acción mediante la cual el padre entregaba a su hijo autor del delito, en manos del perjudicado librándose así de la responsabilidad.
- Tabla V, aborda derechos de tutela y sucesión. Respecto a la tutela, la mujer romana siempre se encontraba sometida al *pater familias* y cuando éste fenecía la tutela pasaba a quien era designado en el testamento o al agnado más próximo. En la sucesión tenía fuerza de ley las disposiciones contenidas en el testamento del *pater familias*, sobre su legado, tutela de dinero y haciendas.
- Tabla VI, comprende la compraventa o *mancipium* y tipos de acceso a la propiedad, entre ellas la *usucapion*, acción que permitía adquirir una propiedad por la posesión continua de una cosa en el tiempo.
- Tabla VII, la cual abarcaba el resguardo de terrenos, servidumbres campestre y de metropolis, límites y linderos de huertos y chozas.

Además de las acciones mencionadas anteriormente, se encuentran también la *actio pauperie* mediante la cual se podía exigir el pago por los daños causados por animales, *actio de arboribus succisis* que comprendía la tala injustificada de áreas verdes ajenas y *actio aedium incensarum* por la quema de viviendas o cultivo impropio, entre otros.

A pesar de la existencia de la Ley de las XII Tablas, conocida como la primera legislatura en sancionar acciones que causaran daño a un bien ajeno; surge en el Siglo III a.C. la *Lex Aquilia*, misma que significó un cambio al régimen que existía en la época. La Ley Aquiliana no buscaba sustituir por completo a la Ley de las XII Tablas sino a las normas que regulaban los daños patrimoniales causados con *iniuria*, ya que el esquema fuertemente casuístico empleado devino en inútil para la sociedad romana por las penas aplicadas, habiendo sufrido la moneda una desvalorización (Valditara, 2005,p.16). La *Lex Aquilia* se encontraba compuesta por tres capítulos, de los cuales el segundo capítulo tuvo una pronta caída en desuso, siendo unificados el primero y tercero por parte de la doctrina debido a que abarcaban el mismo supuesto, dando como resultado el *damnum iniuria datum*.

El *damnum iniuria datum*, consistía en la conducta de matar *-occidere-*, desfragmentar *-frangere-*, quemar *-urrere-* o romper *-rumpere-*; un bien ajeno concibiéndose como tal a un esclavo, animal o cosa mueble, ocasionando por ende un daño patrimonial al propietario. Para ello se requería que el sujeto agente y el objeto dañado estén en contacto directo para lograrlo, además de una conducta con *iniuria*. La *iniuria* era el criterio que se empleaba para poder imputar jurídicamente y con ello atribuir una sanción al comportamiento que ocasionó el daño. Con el transcurrir del tiempo ambas leyes resultaron obsoletas e inaplicables pues con los continuos avances que experimentó la sociedad surgieron nuevos supuestos a los cuales no pudieron dar solución.

Llegado el siglo XIX, en Francia se vio plasmado un notable giro en su Código civil de 1804 respecto a la clasificación de la responsabilidad que generaban daños pues la separó en dos grupos, aquellos ocasionados por incumplimiento de obligaciones y aquellos causados por delitos y cuasidelitos. Como puede inferirse los doctrinarios de la obra napoleónica difundieron una bifurcación de responsabilidad, siendo influencia para varios códigos posteriores, como el italiano en 1865, el español de 1889, chileno de 1855, argentino en 1869 y por supuesto el Código Civil de Perú de 1852.

Un sector doctrinario planteó un criterio unitarista, basándose en que ambas responsabilidades provienen de una misma fuente generadora de reparar el daño, ocasionado por inejecución de un contrato o un hecho ajeno e imprudente, generando una violación del deber jurídico de no lesionar. Además, plantean una absorción de la responsabilidad contractual

por la extracontractual (Vidal Ramirez, 2001). Si bien es cierto, el criterio empleado por la doctrina para diferenciar la responsabilidad no tuvo razones de peso suficientes que la sustenten, resultó de mucha utilidad para los diversos casos que se presentaron a futuro; más aún si las legislaciones y jurisprudencias acogieron dicha diferenciación.

Siguiendo con dicho planteamiento, el legislador peruano estableció en el Código Civil dos regímenes de responsabilidad civil: la responsabilidad contractual, o por inexecución de obligaciones, y la responsabilidad extracontractual.

Es un hecho irrefutable que hay razones, además del origen, para distinguir ambas responsabilidades, dentro de las cuales tenemos:

- **Por los factores de atribución**, los factores subjetivos en la responsabilidad civil contractual son los siguientes: dolo, culpa inexcusable o culpa leve, excepto en casos especificados por la ley o el título de la obligación. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual, se utilizan factores de atribución objetiva, como la gravedad del ilícito, la forma de realización, la reincidencia y la ventaja que se hubiese obtenido.
- La **graduación de la culpa**, la culpa leve en la responsabilidad contractual exime al agente de responder por daños imprevistos; sin embargo, para la extracontractual no hay graduación de la culpa.
- Respecto a la **relación de causalidad**, será necesaria la existencia de una causa próxima en la responsabilidad contractual (art.1321CC.); es decir, efecto directo y seguido. Por su parte, para la extracontractual basta una causa adecuada (art.1985 CC).
- **Carga de la prueba**, el afectado requiere el probar dolo o culpa inexcusable para la responsabilidad contractual (art. 1330 CC.), en la extracontractual ambas se presumen (art.1969 CC.).
- Los **plazos de prescripción**, mientras que nuestro ordenamiento prevé una década de años como plazo para la responsabilidad contractual (art. 2001 inc.1 CC), se establecen 02 años para la extracontractual (art. 2001 inc.4 CC).
- **Daños resarcibles**, respecto de la responsabilidad contractual se resarce por daño emergente, lucro cesante (art.1321 CC.) y daño moral (art.1322 CC.), y en la responsabilidad extracontractual por las consecuencias ocasionadas por daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art.1985 CC.).

Como se ha indicado, nos encontraremos ante una responsabilidad extracontractual cuando el daño causado constituya una violación al deber genérico de no lesionar a nadie. De manera que, continuando con el iter de la investigación se abordará el estudio de los elementos que dan origen a una responsabilidad civil extracontractual.

3.3. Elementos constitutivos de la responsabilidad civil extracontractual

Esta responsabilidad la determinan varios elementos que la constituyen: el daño, la acción u omisión, la relación de causalidad entre daño y hecho, los factores de atribución (objetivo y subjetivo) y la reparación o resarcimiento del daño causado. De manera cronológica, lo primero que ocurre es:

1. La conducta antijurídica, la conducta humana que daña los bienes o intereses jurídicos de terceros requiere la reacción del titular, ya sea judicial o extrajudicialmente.
2. Producido el acto, se causa un daño. Es decir, perjuicio de un bien jurídico.
3. Entre el daño y la conducta debe haber una relación de causalidad o nexo causal, donde se acredite que el mismo fue resultado de la conducta.
4. Finalmente se emplearán los factores de atribución, es decir criterios de ordenación del Derecho civil para hacer civilmente responsable al sujeto causante del daño, estos factores serán de carácter subjetivo y objetivo.

A continuación se desarrollarán con mayor detenimiento los elementos mencionados con énfasis en los daños causados por la comisión de delitos.

3.3.1. Acción o conducta antijurídica

Un comportamiento no solo es ilegal por ir contra una norma prohibitiva, sino cuando también viola los valores o principios del sistema jurídico. La doctrina señala que en la responsabilidad de ámbito civil, no gobierna la tipicidad en elementos conductuales que ocasionen daños y obligación legal de indemnizar, es decir caben dos tipos de antijuricidad; la típica en donde la conducta se encuentra identificada por una norma jurídica ya sea de forma expresa o tácita y la atípica contemplada de manera genérica por el ordenamiento jurídico. Cabe aplicar para la responsabilidad extracontractual el concepto de "antijuricidad atípica", ya que en la contractual la conducta antijurídica es típica por incumplimiento total, cumplimiento parcial, defectuoso, tardío o moroso. Con ello se ampliará el concepto de antijuricidad y permitirá un buen funcionamiento para determinar la responsabilidad civil.

La antijuricidad contractual se encuentra en el artículo 1321° de nuestro Código Civil, por otro lado la antijuricidad de manera amplia o extracontractual está en los artículos 1969° y 1970° del mismo, pues se refiere a la realización de un daño sin detallar su auge o la conducta lo haya causado, dando por entendido que será cualquier comportamiento que cause un daño con tal que sea ilegal y que su indemnización sea posterior.

3.3.2. Daño causado

El daño en general es todo perjuicio o lesión que producto de un acontecimiento o evento padece una persona (Larenz K., 1952, p.193). También cabe mencionar al daño como la disminución o la modificación de las circunstancias favorables (De Cupis A., 1975, p.83). Dicho esto, el daño se define como una lesión al interés patrimonial o extrapatrimonial de las personas en ciertas cosas, derechos o expectativas (Alpa G., 2001, p.517). La condición adquiere la calidad de "bien jurídico" porque se trata de un interés jurídicamente protegido. En otras palabras, el daño es la lesión o la afectación de bienes jurídicos, pudiendo derivarse consecuencias de carácter patrimonial o extrapatrimonial.

Nos parece necesaria la afirmación de Salvi Cesari(2001), quien señala como daño directo a un perjuicio que el sistema legal reconoce como reparable. De esta forma, para hablar de daños causados por una acción delictiva, señalaremos que también se trata de una afectación del bien jurídico protegido por una acción penal. El caso fortuito o la fuerza mayor, los daños justificados por ejercicio regular de un derecho o en legítima defensa, y algunos casos por estado de necesidad previstos por el Derecho Civil; serán ignorados porque lo relevante será la obligación de reparar el daño.

La determinación de la naturaleza del daño, así como su cuantía o magnitud, que el agente debe pagar como compensación serán otros aspectos cruciales del daño. Es crucial establecer los límites cuantitativos dentro de los cuales el daño puede ser considerado legalmente. La entidad o dimensión resarcible se reduce en muchos casos según el grado de culpabilidad, pero para ello primero se debe determinar el tipo de daño ocasionado, por ello se presenta la siguiente clasificación:

- Daño resarcible

Para poder establecer el quantum exacto del daño es necesario considerar los tipos de daños indemnizables o resarcibles, pues el enfoque estará destinado a los daños sujetos a resarcimiento ya que habrán daños no reparables propiamente dicho. Los siguientes daños pueden ser materia de indemnización:

- a) Daños ciertos, se refiere a daños que se han comprobado, ya sean presentes o futuros, pero necesariamente ciertos; sin espacio para daños eventuales, futuros o hipotéticos. Es necesario que el peligro abstracto de un daño se materialice para que sea indemnizable; en última instancia si el peligro es evidente, a criterio del Juez; puede otorgarse una acción cautelar.
- b) Daños directos o indirectos, si el hecho que lo causa afecta directamente al objeto del interés protegido, se considera daño directo. Por otro lado si hay factores

secundarios involucrados en la lesión o si el daño sigue una concausa en lugar de la causa original en la cadena causal, el daño se considera un daño indirecto, a su vez se señala que una persona diferente a la prevista será quien sufra el daño indirecto. Finalmente ambos daños serán resarcibles siempre que resulten ciertos y no eventuales, junto con los elementos adicionales de atribución que señala la responsabilidad civil.

- c) Daños inmediatos o mediatos, los iniciales son producto del iter nato de las cosas, en cambio el daño mediato surgirá de la unión de un hecho con otro suceso distinto, dando luz a una serie de causas expandiendo el área de producción del daño. Los daños inmediatos serán resarcibles, en cambio los mediatos solo si la cadena causal no se extendió demasiado.
- d) Daños actuales o futuros, daño actual es aquel ya se ha materializado, existe en el nacimiento de la obligación, producción del suceso o determinación del resarcimiento, los daños futuros son aquellos que aún no se producen pero hay certeza de que lo harán. Ambos serán resarcibles siempre que sean ciertos.
- e) Daños materiales e inmateriales, el daño material es aquel que se equipara al patrimonial surgiendo por el despojo del valor de un bien jurídico patrimonial, menoscabo, destrucción o su deterioro; en cambio el daño inmaterial se concibe como una lesión de carácter espiritual respecto al bien de la vida como: el honor, la libertad, etc. Siendo este último daño indeterminable patrimonialmente.
- f) Daños previstos y no previstos; será un daño previsto aquel que el causante pensó que podría presentarse en la comisión del acto dañoso, es decir posible consecuencia de su actuar. Por otro lado el daño no previsto se subdivide en previsible en donde el sujeto teniendo prudencia o diligencia en su actuar puede visualizar su posible realización siendo por ende pasible de resarcimiento; e imprevisible no pudiendo el sujeto pese a actuar con prudencia, vaticinar la comisión del daño solo siendo resarcible si el daño se ocasionó de manera dolosa o con culpa inexcusable, no aplica para la culpa leve. Los daños previstos siempre serán materia resarcible en caso se produjesen.
- g) Daño emergente y lucro cesante, por el primero se comprende a las pérdidas que sufrió el lesionado por el interés de un bien que ya se tiene cuando el daño se cometió y se concibe lucro cesante a la falta de ganancias o interés a futuro de un bien que aún no ostenta el afectado; en ambos supuestos deberán ser

consecuencia imeditada del hecho dañoso. La determinación del lucro cesante estará sujeto a discernimiento y lógica del juez.

- h) Chance, se le concibe como una oportunidad de ganancia. Será así la pérdida que se sufra de haber podido tener una expectativa de incremento patrimonial ya sea con mayor cantidad de activos o menos pasivos. Es la eliminación de un evento favorable debido a la intervención ilegal de un tercero en el curso natural de los hechos, truncando así la expectativa del lesionado sobre haber podido obtener o no dicho beneficio patrimonial. Para ser resarcible, el chance debe superar la simple eventualidad, no siendo posible resarcir una simple esperanza pues su valoración no tiene sustento.

- Daño no resarcible

Son aquellos en donde no se ha logrado establecer una relación de causalidad entre el evento y el daño, hay una fractura del nexo causal esto significa que no se puede culpar legalmente al supuesto autor o habiéndose determinado el nexo, el sistema legal rechaza el resarcimiento considerándolos permitidos o autorizados es decir daños justificados como los previstos en el art. 1971 del Código Civil. Además de los daños justificados, cabe mencionar otro daño de naturaleza no resarcible como lo es el “daño eventual o meramente hipotético”:

- Daño eventual o hipotético, para empezar se debe tener en claro que éste daño es incierto y solo existe una posibilidad pero lejana de que se materialice el mismo; por ello no se considera como un daño con relevancia jurídica, no existe certeza ni actual ni futura del mismo, no habiendo lugar para resarcimiento en dichos eventos. Refiere Mosset Iturraspe (1971), que el daño es aquel que no se basa en un eventual o hipotético suceso, requiriendo una certeza; sin lo cual no es posible referirse a un daño en sí (p.259). Aunado a ello Tamayo Jaramillo (2007) agrega que, cuando el juez según sus máximas de experiencia detecte un daño como hipotético, lo correcto será negar la existencia de dicho daño así como su reparación (p.240). La doctrina excluye al daño eventual o hipotético de los daños resarcibles ya que nos encontramos con una víctima que solamente ostenta probabilidades pero muy remotas de hacerse de un beneficio, el perjuicio es solo una posibilidad.

3.3.3. Relación de causalidad o nexo causal

Producido el perjuicio, es necesario determinar al causante para poder atribuirle la figura de autor. El promotor es el individuo que tomó una acción o la evitó cuando estaba obligado y

causó o provocó un resultado dañino (daño). En razón al nexo causal, la calidad del resultado depende del efecto de la acción y ésta última de la calidad de la causa. La relación para el Derecho está determinada por el ordenamiento jurídico, debido a que él establece qué hechos o situaciones antecedentes deben considerarse como causas de un resultado jurídicamente relevante.

Aunque generalmente se puede establecer fácilmente el nexo causal, en otros no, ya que hay otras causas y se presentan dificultades para determinar a qué acción se deberá atribuir el resultado. La doctrina desarrolló varias teorías para abordar el problema de determinar la relación de causalidad:

- **Teoría de la causa próxima**, solo se considerará como "causa" si resulta cercana en el tiempo a la producción del resultado, las demás serán consideradas como condiciones simples. Aquí se consideran solo los factores directos e inmediatos y el Código Civil de 1984 acogió esta teoría. Mientras que la "teoría de la causa adecuada" se aplicó a la responsabilidad extracontractual, se supone que nuestra legislación plasmó esta teoría para los casos de responsabilidad contractual.
- **Teoría de la causa adecuada o adecuación**, en esta teoría, la causa es la condición jurídicamente adecuada. Fue desarrollada por Von Kries, el cual parte de una observación empírica en respuesta a un daño, donde se busca determinar cuál es la causa dentro del conjunto de causas que normalmente conducen a un resultado dañino. No todas se considerarán causas propiamente dichas de tal daño, se requerirá que la causa sea apropiada e idónea. Una causa idónea o típicamente apropiada significa que usualmente será capaz de generar el efecto basándose en la práctica cotidiana o el trayecto usual y habitual de las cosas; las demás se considerarán "condiciones" o variables recurrentes, pero no causales en sentido estricto.

En Derecho Penal, dicha teoría, ha sido desarrollada con criterios más concretos para que una condición sea considerada causa jurídicamente. Una acción será adecuada cuando una persona normal colocada en el mismo lugar del agente hubiera podido prever tal resultado, pero como previsible lo es casi todo, se recurre a otro criterio delimitador, la diligencia debida. La teoría de la imputación objetiva surge de la combinación de estos dos criterios precisos, que servirán para determinar cuándo una acción es oportuna para generar el resultado (Muñoz F., García M., 1996, p.224).

3.3.4. Factores de atribución

Contemplar a alguien como causante conlleva trasladar el peso del daño al sujeto que lo causó, liberando así a la víctima pero para ello debe existir una razón justa y razonable. En aras

de trasladar el peso económico del daño al causante y obtener un resarcimiento, la legislación comparada, doctrina universal y nuestro código civil presentan dos sistemas: subjetivo y objetivo. Cada sistema conlleva sus propios factores de atribución, es decir habrán factores de atribución subjetivos y objetivos.

Factores subjetivos:

a) Culpa.

El ordenamiento jurídico al brindar protección jurídica a los bienes, establece para todos la obligación de respetarlos originándose el deber de cuidado que consiste en no lesionar a nadie; este deber se logra ver materializado en: código de tránsito, reglamentos administrativos, entre otros (Gálvez V., 2008, p.97). Además de ello, se verá reflejado en las personas ya que en su actuar emplearán la prudencia y debida diligencia para no afectar los bienes jurídicos de otros. En cambio, si se actuase imprudentemente o con negligencia y producto de ello se originan daños a terceros nos encontraremos ante una conducta culposa, teniendo que asumir el causante los efectos nocivos. Para poder imputar culpa a alguien se requiere de una situación en donde, dentro de sus posibilidades se encuentre el actuar conforme al derecho y pueda discernir entre un hecho dañoso y otro inofensivo, solo después de ello se podrá atribuir la culpa. El actuar culposo del propio titular del bien también tendrá relevancia pues no se resarcirán los daños si fue el mismo lesionado quien cometió la imprudencia, tal como refiere el art.1972º del Código civil.

b) Dolo.

Es el otro factor contemplado en la atribución subjetiva, se basa en la conciencia y voluntad de dañar. Al querer cometer un daño se actúa premeditando los actos en función al resultado dañoso. La conducta dolosa ocasiona una obligación de resarcimiento según lo contemplado en la responsabilidad extracontractual; pero también puede ser constitutivo de delito, acarreando responsabilidad penal (Gálvez V., 2008, p. 103). Al igual que la culpa, el dolo al ser un factor subjetivo será de difícil probanza al momento de acreditar su existencia por eso se debe poner énfasis en la conducta del agente antes, durante y/o después de la comisión del hecho dañoso.

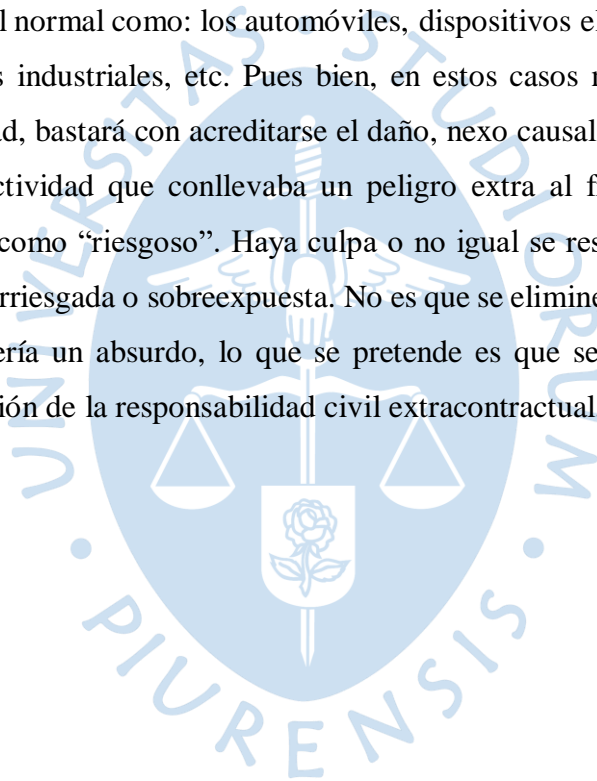
Por último cabe señalar que tanto la culpa como el dolo sustentan la responsabilidad del causante de la lesión y por ende su resarcimiento, por tanto en la responsabilidad civil extracontractual no hay relevancia en los grados de culpa o dolo, pues basta con su existencia

para que se justifique la reparación, independientemente de la carga penal de configurarse un delito.

Factor objetivo:

Riesgo o peligro creado.

Ante los inconvenientes para acreditar la existencia de un factor subjetivo, sea culpa o dolo; pero sobretodo por el avance de ciencia y técnicas, se originaron nuevos riesgos y peligros para los bienes jurídicos no pudiendo ser contrarrestados solo con factores subjetivos. Se sabe que todas las cosas y actividades empleadas en la actualidad para satisfacer las necesidades humanas presentan un riesgo normal o común para las personas, pero su cantidad está aumentando y presentan un riesgo adicional al normal como: los automóviles, dispositivos eléctricos, armas de fuego, actividades industriales, etc. Pues bien, en estos casos no se requerirá probar la culpabilidad, bastará con acreditarse el daño, nexo causal y que el daño se produjo por una actividad que conllevaba un peligro extra al frecuente o usual, siendo calificado como “riesgoso”. Haya culpa o no igual se responderá por realizar una actividad arriesgada o sobreexpuesta. No es que se elimine la existencia de culpa ya que ello sería un absurdo, lo que se pretende es que sea intrascendental para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual.



Capítulo 4

La Responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción de funcionarios públicos

4.1. Responsabilidad civil derivada de la corrupción de funcionarios

En estos delitos se presenta la particularidad que el sujeto activo siempre ostentará el lugar de un “funcionario”, es decir un titular de derechos al cual la Administración pública le confiere una parte de potestad tanto en la gestión de recursos públicos como una particular obligación de cautela en su actuar; teniendo como contraparte o sujeto pasivo al receptor del daño, siendo en el actual supuesto la Entidad pública. Se constituye una responsabilidad civil respecto del funcionario cuando éste ocasiona una lesión o daño al ejercer su función pública o por el hecho de ostentarla obtenga alguna ventaja o beneficio (León F.;2010, p. 16). Sin embargo al presentar la responsabilidad civil dos variantes como lo son la responsabilidad “contractual” y “extracontractual”, surge la incógnita de cual será la idónea para emplear al momento de juzgar el actuar de dicho funcionario.

La responsabilidad civil derivada de un ilícito tendrá origen en un hecho delictuoso careciendo de nexo previo entre el causante y el perjudicado o agraviado, a diferencia de una responsabilidad contractual la cual tiene como causal la inejecución de obligaciones contractuales. Surgiendo así en el presente caso, un nexo o vínculo producto de la ejecución del tipo penal, por tanto se infringirá el principio general de no lesionar a nadie; coincidiendo con la figura de la responsabilidad extracontractual. En ese sentido, la lesión ocasionada por un hecho ilícito generará una responsabilidad civil extracontractual la cual se resarcirá mediante una reparación civil (Gálvez V., 2008,p.140). Cabe señalar que aunque la acción delictiva será responsable penalmente, esto no cambiará el ámbito de la reparación civil, el único distintivo será la vía judicial para solicitar la reparación y la autoridad ante la cual se dará.

El emplear la responsabilidad civil extracontractual ante supuestos de corrupción de funcionarios permitirá una *restitutio in integrum* es decir una restitución integral y no una de forma parcial; la cual guarda relación con la regulación que hizo la Contraloría General de la República mediante la responsabilidad pecuniaria, antecedente de la “Responsabilidad Civil del Funcionario público” aprobada por la Resolución N°748-91-CG, acápite V, Disposiciones Generales (León F.;2010, p. 18). La restitución integral es la forma que realmente se adecua a las exigencias en el resarcimiento hacia la Entidad pública, debido a que la responsabilidad civil contractual contempla un actuar muy reducido y hermético para exigir una reparación civil.

La *restitutio in integrum* permitirá la indemnización de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, dentro de éstos últimos se encuentra el “derecho a la identidad institucional del Estado” puesto que los delitos cometidos contra éste, no solo generan menoscabo en el

patrimonio estatal; también perjudican la institucionalidad gubernamental del Estado proyectando a la población un sistema de gobierno frágil de organización en la administración comprometiendo la credibilidad en las expectativas de desarrollo. En esa misma línea, se plasma un extracto de una resolución brindada por la Cuarta Sala Civil de la Corte Suprema donde se emplea el término “daño subjetivo” haciendo referencia a éste como un daño no patrimonial, confirmando con ello la viabilidad de que una persona jurídica sea pasible de resarcimiento por daños no patrimoniales, cuando se presente una vulneración al derecho a la identidad institucional del Estado; señalándose lo siguiente:

“(…) Se da cuenta la misma doctrina lo acoge, y en la práctica se confirma, la probabilidad de un daño no patrimonial ocasionado a la persona jurídica, producto de inconductas que entrañan agresiones a derechos, como el honor, la buena reputación, la libertad, el crédito social y comercial, entre otros, que pueden generar o no perjuicios económicos, englobando el daño no patrimonial tanto a la persona humana como a la persona jurídica dentro de un universo genérico conocido como "daño subjetivo"; (…)" (Cuarta Sala Civil; 1996).

De lo anterior se concluye que una persona jurídica no se encuentra impedida de solicitar indemnización por daños no patrimoniales. Dado que el Estado no puede experimentar una situación de dolor o sufrimiento, no es posible solicitar una indemnización por daño moral, por ende, no cabe atribuir a la persona jurídica una lesión física o psíquica, pero sí el exigir reparación civil cuando es la "identidad institucional" la que se ve vulnerada por el actuar de sus funcionarios públicos.

Ahora bien, no basta el saber que puede exigirse dicho derecho por parte de una entidad pública sino también el poder determinarlo por parte de los jueces cuando establezcan su monto a resarcir. Conforme a las sentencias emitidas por el órgano jurisdiccional, se puede visualizar el empleo de pautas correspondientes a la responsabilidad extracontractual los cuales son: acción o conducta antijurídica, daño causado, relación de causalidad y factores de atribución; empero se observa un carente análisis profundo y concienzudo de las implicancias de dichos delitos llegando a conclusiones cerradas, siendo necesario un estudio con mayor detenimiento para así poder motivar debidamente una sentencia pues ello repercutirá directamente en la indemnización en pro del agraviado, es decir el Estado.

Entre las causales por las que no se resarce íntegramente una vulneración al Estado prima la escasez de criterios para determinar el importe indemnizatorio, pues no resultan proporcionales al perjuicio realmente causado (Trejo B., 2021, p. 92). Establecer la cuantía de la reparación civil implica un gran desafío para los magistrados, ello sin apartarse de la garantía

procesal de “debida motivación de las resoluciones judiciales” indicando las bases que justifiquen la cuantía establecida. En dichos supuestos los jueces deberán prestar especial atención a circunstancias tanto “extrínsecas” es decir cargas que el agraviado deberá afrontar con posterioridad a la lesión del derecho; así como “intrínsecas” haciendo referencia al menoscabo patrimonial, que influyan en la decisión final (Montoya V., Chanjan D., Novoa C., et al, 2013, p. 77).

4.2. Criterios para la determinación del daño ocasionado al Estado por los delitos de corrupción.

En la praxis judicial se puede constatar que los jueces al establecer la reparación civil por ilícitos penales de corrupción de funcionarios se basan solamente en un criterio cuantitativo, limitando su enfoque al perjuicio económico del Estado; ignorando que en este tipo de delitos se causan no solo daños patrimoniales sino también extrapatrimoniales, los cuales no se determinan de la misma manera. Dentro de estos últimos encontramos una credibilidad e identidad institucional vulnerada, pues quien lo comete es una autoridad de alta jerarquía investida por un poder otorgado por la misma Administración pública, generando un mayor impacto de defraudación ante la sociedad y el no considerar ni motivar dicha lesión en el monto resarcitorio genera pérdida de prestigio del Estado y la gestión que conlleva. Por tanto es necesario reconocer dicho daño como un criterio cualitativo para obtener un monto que se equipare al daño extrapatrimonial y una reparación integral.

De las sentencias que condenan a sujetos por delitos de corrupción se infiere un tratamiento jurídico precario de la reparación civil reflejando un nulo trabajo en la motivación de los daños extrapatrimoniales. A su vez, de los procesos concluidos durante el período 2019 – 2020 se presenta una mayor tendencia en la perpetración de los ilícitos de cohecho y peculado doloso representando el 53% y 29% respectivamente, ello implica un apoderamiento indebido de patrimonio estatal para beneficio personal (Quezada S., 2023, p.84).

Aunque no se requiere una fórmula precisa para calcular la cantidad de compensación por daños extrapatrimoniales, sí se requiere una medición basada en criterios que contribuyan a estimar una cifra que englobe dicha lesión en el ámbito extrapatrimonial. La Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción (2018) con el fin de cooperar con los magistrados en su labor de establecer el monto resarcitorio, publicó su “Manual de criterios para la determinación del monto de reparación civil en los delitos de corrupción”, en el cual dichos criterios desempeñarían el rol de guías de cuantificación; clasificándose en: objetivos, subjetivos y sociales; debiendo aplicarse de manera simultánea y precisa.

4.2.1 Criterios objetivos

Estos se basan en las peculiaridades inherentes a la materialización del delito, dentro de las cuales se presenta:

- **Gravedad del ilícito:** El monto indemnizatorio depende del valor del bien jurídico lesionado. Además, si se determina un mayor grado de culpabilidad ello será motivo para aumentar la cantidad a resarcir. En gran parte de los delitos contra la Administración Pública se requiere, pongo por caso el dolo; esto se puede tomar en cuenta para agravar la cuantía, aunado a ello se deberá considerar el aprovechamiento económico ilegal ya sea en favor del autor mejor dicho el funcionario público o de un tercero. La Procuraduría Pública Especializada en Delitos de corrupción (2018, p.50) ha establecido ciertos parámetros que permitirán determinar la gravedad del ilícito y con ello la cuantía de la reparación civil, dentro los cuales se presentan 3 niveles: baja gravedad (S/.0,000.00 soles hasta S/.3,000.00 soles), mediana gravedad (S/.3,001.00 soles hasta S/.10,000.00 soles) y alta gravedad (10,000.00 soles a más).
Ahora bien, a modo de ejemplificación se analizó el EXP. 05688-2018-91-1601-JR-PE-01, seguido por Municipalidad Distrital de Pacanga contra L.M.R.C., por el delito de Peculado doloso, en el cual una cajera del Área de Tesorería de la Municipalidad en forma sistemática sustrajo dinero producto de pagos de los ciudadanos (arbitrios, impuestos, tasas), monto ascendente a la suma total de S/.33,870.28 soles, calificando dicha cifra como una alta gravedad en la comisión del ilícito.
- **Modalidad de realización:** Se tomará en cuenta el modo que se empleó para cometer el delito y el castigo penal que se impuso. Precisamente del análisis previo que se hizo al EXP. 05688-2018-91-1601-JR-PE-01, se puede observar que la modalidad empleada por la funcionaria pública para sustraer el dinero fue “sistemática”, este criterio no es vinculante pero si referencial al momento de establecer el monto a resarcir.
- **Reincidencia:** Esta constante conducta implica un animus firme durante el tiempo de transgredir las funciones encomendadas por el Estado, debiendo fortalecerse la pena en el ámbito penal y aumentar el monto a resarcir en la reparación civil debido a la comisión reiterativa, ello con el fin de hacer frente a la constante del ilícito, de modo tal que no se vuelva a repetir. A manera de ilustración, se presentó una reincidencia en el EXP. 03565-2018-75-1601-JR-PE-10 seguido por Municipalidad Distrital de San José contra M.I. SM.S por el delito de Peculado doloso, en el cual la imputada cobró por el concepto de viáticos para eventos académicos de congreso durante el período 2012-2016, sin embargo los

únicos cursos a los que concurrió fueron en el año 2012 adulterando los comprobantes de los años 2013, 2014, 2015 y 2016; fijándosele una reparación civil de S/6,000.00 soles.

- **Ventaja obtenida:** Para que el ilícito no se vuelva a cometer se debe aumentar la cuantía de la indemnización según el provecho obtenido, así no se compensará la comisión con ningún beneficio. Lo que se busca con esto es que el demandado no haya podido quedarse con ningún beneficio, sino al contrario asuma una responsabilidad mucho mayor en comparación a lo que quiso obtener. Prueba de ello es el caso del EXP. 03620-2019-56-1601-JR-PE-10 seguido por la I.E. N°1704 – Localidad de Compín contra S.V.F.Q., donde la funcionaria, que desempeñaba el cargo de directora del centro educativo retiró S/8,057.00 soles de unas cuentas de ahorro pertenecientes al Bando de la Nación; con motivo de completar la cuota inicial para la adquisición de un inmueble, siendo ésta la ventaja obtenida para fines personales, sin embargo el dinero estaba destinado a realizar trabajos y adquisiciones para el Programa de mantenimiento preventivo de locales escolares.

4.2.2. Criterios subjetivos

Se toma en cuenta al agente activo del delito, las circunstancias particulares del funcionario; como su ubicación dentro de la institución administrativa y el poder de representación que ostente.

- **Posición del funcionario:** Hace referencia a la especial posición que ostentará el funcionario a nivel jerárquico, lo cual conllevará mayores cargas o responsabilidades, aumentando la gravedad del ilícito al momento de su comisión. Mientras mayor sea el cargo o posición en la escala pública se tendrá mayor capacidad para negociar y/o beneficiarse. Una mayor responsabilidad genera la posibilidad de un mayor daño al Estado, la defraudación de un servidor o funcionario público a la institucionalidad será más fuerte en comparación a un sujeto cualquiera. Un ejemplo de éste criterio es lo acontecido en el EXP. 03620-2019-56-1601-JR-PE-10, en donde la funcionaria desempeñaba el cargo de directora de dicho centro educativo, y al tener esa posición podía disponer del dinero que el Estado destinaba a su institución, teniendo mayores facultades pero también responsabilidades, empleando su posición para un beneficio personal.
- **Capacidad de representación:** La magnitud del daño causado será determinada por la posición privilegiada que tiene la persona encargada de representar al Estado ante la población. A mayor representación mayor será el resarcimiento a pagar al Estado. No es lo mismo un ministro de Estado que un funcionario público de menor rango a nivel

administrativo, lo cierto es que ambos responderán, pero el primero por ser más mediático y representativo tendrá una mayor responsabilidad civil.

Haciendo énfasis en el criterio desarrollado, se presenta el EXP. 00008-2014-19-5001-JR-PE-01 seguido por el Estado contra C.J.B.H y otros por el delito de Enriquecimiento Ilícito y Lavado de Activos, en donde C.J.B.H desempeñó el cargo de Alcalde del Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho durante el período enero 2007 a junio 2013; incrementando de forma ilícita su patrimonio en comparación a sus reales ingresos. En este caso el funcionario ostentaba un alto cargo jerárquico por lo que su actuar generará un mayor impacto mediático, debiendo ser considerado en el monto de reparación civil.

4.2.3. Criterios sociales

Se emplearán como variables de este criterio la incidencia o conmoción social que produzca la realización del delito del funcionario. Se enfoca en el deterioro de la identidad institucional del Estado en relación con la sociedad.

- **Naturaleza social defraudada:** Se refiere al grado de proximidad que tenía el trabajo del funcionario con un servicio brindado a la ciudadanía. Cuando la lesión está directamente relacionada con uno de los objetivos perseguidos por la entidad será más relevante, dando la concepción que un sujeto fue incapaz de cumplir las finalidades institucionales (Bianchi R., 2010). Similar a la persona encargada de administrar programas de ayuda o inclusión social que fueron objeto de cohecho, de tal forma que la interrupción a la continuidad de dichas actividades de apoyo serán tomadas en cuenta para el aumento de la cuantía. Otra mención es lo sucedido en el. EXP. 03620-2019-56-1601-JR-PE-10, donde la funcionaria transgredió el derecho a la educación de un sector poblacional al frustrar el fin del dinero que el Estado había predestinado para el Programa de mantenimiento preventivo de locales escolares.
- **Difusión e impacto:** Es la conmoción que generará en la sociedad la comisión del delito, de manera que a mayor difusión y conocimiento del ilícito en agravio del Estado mayor será el repudio de la población hacia la institución estatal, ocasionando además un mayor desprestigio acerca de la gestión realizada. En ese sentido se deberá asumir un mayor monto al indemnizar. Ello se puede ver reflejado según el nivel de cobertura periodística que tenga el ilícito; por ejemplo una cobertura nacional o internacional de un delito de corrupción cometido por un ministro tendrá un mayor impacto y desprestigio que aquella cobertura que se brinde a nivel regional o provincial sobre el delinquir de un alcalde distrital.

Si bien los criterios previamente desarrollados brindan un panorama más despejado y concreto a la hora de determinar el quantum de la reparación civil, dicho listado genera una labor mucho más exhaustiva y dilatoria para los jueces. Es por ello que luego de la publicación de la Ley N° 30737 – “Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado Peruano en casos de corrupción y delitos conexos” se aprobó su reglamento mediante el Decreto Supremo N° 096 -2018-EF; el cuál en su artículo 57 aborda lo planteado por la Procuraduría Pública Especializada en delitos de corrupción reduciendo sus criterios a tan solo 4, mismos que servirán para el cálculo del daño extrapatrimonial, los cuales son:

1. La gravedad del hecho punible cometido por el funcionario público, tomándose en cuenta la cantidad poblacional afectada.
2. El *quantum* de la suma por daño patrimonial.
3. Variedad de programas, es decir número de contratos en los que el funcionario se encuentra suscrito u obras a su cargo en representación del Estado.
4. Situación del sujeto en la entidad administrativa, ya que a mayor cargo que se ostente mayor será el poder de disposición, toma de decisiones y subordinación respecto a otros trabajadores.

Habiéndose establecido dichos criterios y tomando en cuenta que el motivo de su implementación es el facilitar la delimitación del importe de reparación civil respecto al daño extrapatrimonial, deberían ser considerados por parte de la magistratura en la fundamentación jurídica de los fallos sobre procesos por delitos de corrupción de funcionarios públicos. Por el contrario, en la realidad se puede visualizar que los magistrados competentes ignoran completamente la presencia de dicho reglamento y con ello el artículo 57, quedando en evidencia la falta de conocimiento por parte de los jueces respecto al alcance jurídico que abarca la aplicación de la Ley N° 30737, pues de los cuatro criterios solo toman en consideración el segundo descartando los demás. Ocasionando así una vulneración al bien jurídico protegido del Estado como lo es el “derecho a la identidad institucional”, pues se ve reflejado en los montos irrisorios establecidos respecto a daños extrapatrimoniales.

Ahora bien, el fiscal tendrá el poder jurídico de exigir un sentencia debidamente motivada y coherente pero aún sin exigirla el juzgado se encuentra en la obligación de pronunciarse según sea el caso, tanto de la pena a imponer como de la reparación civil ya que si bien pueden encontrarse acumuladas en un proceso penal, ello no quita la sustentación autónoma que requieren (Sala Penal Permanente, 2024, p.6). Es deber del órgano jurisdiccional competente conocer respecto a la materia sobre la cual se pronunciará, en concreto los juzgados penales requieren actualizarse respecto a la aplicación tanto de la Ley N° 30737 como su reglamento,

mismos que se encuentran vigentes desde el año 2018 y resultan de trascendental importancia al instante de decidir la suma idónea por reparación civil y particularmente sobre los daños extrapatrimoniales; de lo contrario continuará la tendencia de burlar a la Administración pública por los delitos de corrupción de funcionarios públicos, pues al inaplicarse la normativa jurídica correspondiente la lesión al “derecho a la identidad institucional” permanecerá latente.



Conclusiones

Primera. En los delitos de corrupción de funcionarios, lo que busca el Derecho Penal es castigar la conducta del funcionario respecto de la Administración Pública, ya que al ser parte de dicha institución debe mantener tales condiciones de desarrollo tanto de la persona como la sociedad; sancionando penalmente la desvinculación a los deberes positivos asumidos. Aunado a ello, para clasificar de mejor manera este tipo de delitos se debe tomar como criterio idóneo la “conducta del funcionario en la ejecución del ilícito”.

Segunda. La reparación civil es una institución jurídica de Derecho Civil, y no por el hecho de tener participación en un proceso penal tendrá función punitiva o sancionadora, si bien cumple una finalidad preventiva generando cierta intimidación en los ciudadanos en la comisión de hechos delictivos, tiene un rol claramente restitutorio del perjuicio siendo ello distinto a una pena, buscando que las consecuencias económicas del daño sean reparadas por su causante.

Tercera. Los delitos de corrupción por parte de los funcionarios públicos generan una vulneración directa al derecho a la "identidad institucional del Estado" estando dicho derecho ligado al ámbito constitucional pues la "Constitución Política del Perú" reconoce tal identidad en una persona jurídica, dicha lesión además legitima al Estado como titular de la afectación a exigir el resarcimiento mediante una reparación civil.

Cuarta. La responsabilidad civil producto de la comisión de un delito generará responsabilidad civil extracontractual, permitiendo así una reparación integral, siendo ésta la forma que realmente se adecua a las exigencias en el resarcimiento hacia la Entidad pública, englobando tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales, pues la lesión al derecho a la identidad institucional del Estado es considerado un daño extrapatrimonial.

Quinta. Los jueces al dictaminar la reparación civil por ilícitos penales de corrupción de funcionarios basan su enfoque solo en el perjuicio económico ocasionado al Estado, ignorando los daños extrapatrimoniales, ello se ve reflejado en una nula motivación de dichos daños al momento de fijar el monto a indemnizar, generando un mayor impacto de defraudación ante la sociedad a pesar de existir normativa jurídica con criterios que permiten determinar el quantum de dichos daños.

Lista de abreviatura

- CC** Código Civil
- CPC** Código Procesal Civil
- LPC** Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- STC** Sentencia



Referencias

- ALPA, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte General* Legales.
- AREVALO INFANTE, E.(2017). *La reparación civil en el ordenamiento jurídico nacional. Revistas Universidad Señor de Sipán,* 1-7.
<https://revistas.uss.edu.pe/index.php/SSIAS/article/view/678/594>
- BRONCANO, T; DE MARIA, F. (2020). *La reparación civil en los delitos de colusión y negociación incompatible y su incidencia en la reparación integral del estado.* Universidad Privada del Norte.
- CASTELLANOS GONZALES, J. (2018). “*Análisis del derecho al honor e imagen, frente al uso de la red social Facebook*” [Tesis de Grado, Universidad Señor de Sipán].
<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/4976/Castellanos%20González.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- CHANJAN R., TORRES D. & GONZALES M. (2020). Claves para reconocer los principales delitos de Corrupción. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- DE CUPIS, A. (2021). *Teoría y Práctica del Derecho Civil.* Lex.
- DÍAZ CASTILLO, I, & MENDOZA DEL MAESTRO, G. (2019). ¿Caducidad o prescripción?: De la reparación civil en los casos de sentencias derivadas de procesos penales por delitos contra la Administración pública en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista Derecho PUCP*, (82), 407-434. <https://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201901.014>
- ENCO, A. (2022). *Manual de Criterios para la Determinación del Monito de la Reparación Civil en los Delitos de Corrupción.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- ESTÉVEZ, A. (2005). Reflexiones teóricas sobre la corrupción: sus dimensiones política, económica y social. *Revista Venezolana de Gerencia*, 10(29), 43-86. http://ve.scielo.org/scielo.php?pid=S1315-99842005000100004&script=sci_arttext
- FLORES LEÓN, J. (2010). Responsabilidad Civil del Funcionario Público frente al Estado por incumplimiento de sus funciones. Analizando sus especiales características. *Revista Gestión Pública y Desarrollo.* 2(3), 16-18.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/227B73746CEBA9A205257E85005EB686/\\$FILE/contgub_10_1.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/227B73746CEBA9A205257E85005EB686/$FILE/contgub_10_1.pdf)
- GARCÍA, E. (2022). *Curso de Derecho Administrativo. 20 ed.* Civitas.
- GARCIA FERNANDEZ, A.(2020). *La reparación civil en las sentencias por delitos contra la Administración Pública y los derechos de defensa y debida motivación del estado agraviado. Distrito Judicial de Lambayeque, 2009-2017.* [Tesis de Maestría,

- Universidad San Martín de Porras]
https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/8170/garcia_fav.pdf
- GARCÍA POLCHLOPEK, S. (2021). *La certeza como elemento del daño resarcible en la responsabilidad civil: Análisis crítico del concepto*. Monografía de grado para optar por el título de abogado.
<https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/57929/Tesis%20Sim%C3%B3n%20Garc%C3%ADa%20Polchlopek.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- GARCÍA TOMA, V.(2010). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Ed.Adrus.
- GÓMEZ, E. (2017). La responsabilidad de los servidores públicos en un estado de derecho. *Revista Innovaciones De Negocios*, 2(3) 27-35.. <https://doi.org/10.29105/RINN2.3-1>
- HERNÁNDEZ, L. (2018). La lex aquilia: la estructura del *damnum iniuria datum* y su evolución a través de la interpretatio *prudentium* y la actividad pretoria. *Revista PUCP* 10(1), 1-29. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20898/20595>
- HERRMAN, S; MACDONAL, D. (2011). Perspectivas desde el Barómetro de las Américas: 2011. *Revista lapop*(62), 1-10. <https://www.vanderbilt.edu/lapop/insights/I0862es2.pdf>
- HOMO, L. (1958). *La Ley de las XII Tablas*. Universidad Pontificia de Salamanca.
- HUAMANI BENITES, R. (2021). *El derecho a la imagen: Aspectos legales de la difusión de fotografías en redes sociales*. [Tesis de Maestría, Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco].
http://repositorio.unsaac.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12918/6253/253T20211100_TC.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- IUS 360 (s.f.). *La Reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿Qué derecho no patrimonial se lesiona?* [Archivo PDF].
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A0BCA68E8E76937205257E7D00574129/\\$FILE/ius360.com_La_Reparaci%C3%B3n_civil_2.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/A0BCA68E8E76937205257E7D00574129/$FILE/ius360.com_La_Reparaci%C3%B3n_civil_2.pdf)
- LARENZ, K. (2020). *Derecho de obligaciones (obra completa)*. Ediciones Jurídicas Olejnik.
- LEÓN VIDAL V., BENAVENTE CHORRES H. & CALDERÓN VALVERDE L. (2015). *El Funcionario Público. Las sanciones penales en los delitos por corrupción*. Gaceta Jurídica S.A.
- MARTÍNEZ, CH., MARTÍNEZ, K., MARTÍNEZ, L. & MIGUEL, A. (2020). Relación entre la gestión pública y el desarrollo local sustentable de las ciudades de Oaxaca, 2000-2017. *Revista iberoamericana de estudios municipales*, (22), 155-187.
- MONTOYA, I. (2013.). Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. [Archivo PDF]. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp>

content/uploads/2013/07/Manual-de-capacitación-para-operadores-de-justicia-en-delitos-contra-la-administración-pública.pdf

MÜLLER CREEL, O. (2012). La responsabilidad civil del servidor público en el combate a la corrupción. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y sociales*, 14(57), 60-68.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182012000100007

MUÑOZ, F. (2010). *Derecho penal*. Ed. Tirant lo Blanch.

MUÑOZ, F. & GARCÍA, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. Tirant lo blanch libros.

NOVOA Y., RODRÍGUEZ J. & TORRES D., (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración Pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

PARIONA ABOGADOS (20 de Febrero del 2024). *El delito de abuso de autoridad. Consideraciones dogmáticas y político - criminales*.

<https://rpa.pe/publicaciones/articulos/el-delito-de-abuso-de-autoridad/>

RICHARD, E. (2020.). *¿Acotar la Corrupción?: Responsabilidad de funcionarios públicos y el art. 144 del Código Civil y Comercial de la República Argentina*. [Archivo PDF].

https://www.acaderc.org.ar/wpcontent/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/corruptionar_t144ccyc.pdf

SALINAS, R. (s.f.). *Delitos control la administración pública: La teoría de infracción deber en la jurisprudencia peruana*. [Archivo PDF].

https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3036_2._int._d._adm._publica.pdf

SALVI, C. (2001). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. ARA

TABOADA, L. (s.f.). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. [Archivo PDF].

<https://andrescusi.files.wordpress.com/2020/05/responsabilidad-civil-lizardotaboada>

U.S DEPARTMENT OF JUSTICE (28 de febrero de 2024)

https://www.justice.gov/sites/default/files/usaodpa/legacy/2011/04/18/Internet%20Whistleblower%20update_0.pdf

VIDAL RAMÍREZ, F. (2001). La Responsabilidad Civil. *Revista de Derecho PUCP*, (54), 389-399. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200101.013>

VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, R. (2022). Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú. *Revista De Derecho*, 21 (Especial), 173–189.

<https://revistas.udep.edu.pe/derecho/article/view/2911>

VOLPATO, S. (2016). “*El derecho a la intimidad y las nuevas tecnologías de información.*”

[Tesis de Grado, Universidad de Sevilla]

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/52298/EL%20DERECHO%20A%20LA%20INTIMIDAD%20Y%20LAS%20NUEVAS%20TECNOLOGI%20AS%20DE%20INFORMACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

ZAVALETA CABRERA, E. (2023). La Corrupción en la Administración Pública y su impacto en el desarrollo político, económico y social, en el contexto peruano. *Revista Comuni@cción*, 14(1), 72-85. <https://dx.doi.org/10.33595/2226-1478.14.1.786>



Legislación

CÓDIGO CIVIL. Edición actualizada, edición marzo 2015. Lima Perú: Jurista Editores

CÓDIGO PENAL. Edición actualizada, edición diciembre 2012. Lima Perú: Jurista Editores

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Edición actualizada, edición marzo de 2019. Lima Perú. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Ley N° 30737, *Ley que asegura el pago inmediato de la reparación civil a favor del Estado Peruano en casos de corrupción y delitos conexos*. LEY N° 30737, Marzo 2018.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Ley N° 28175 *Ley de Marco del Empleo Público*. LEY N° 28175, enero del 2005.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, Resolución Legislativa N° 26757 Aprueban convención Interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas Venezuela, en marzo de 1996. Marzo de 1997.

DECRETO SUPREMO N.º 005-90-PCM, *Reglamento de la de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público*

DEFENSORIA DEL PUEBLO, Resolución Administrativa N° 003-2021-DP/PAD Lineamiento de Intervención Defensorial para la atención de casos de corrupción o faltas contra la ética en la función pública, Enero 2021.

Sentencias

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA PENAL ESPECIALIZADA, RECURSO DE APELACIÓN DE EXPEDIENTE N° 00028-2017-14-5002-JR-PE-01, Lima, 29 de septiembre de 2023.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE CASACIÓN N° 1591-2022/ TACNA, Lima, 19 de abril de 2024.

Normas Extranjeras

CÓDIGO CIVIL FRANCÉS. Edición actualizada, edición diciembre 2019. Francia: MPI Editores