

La Reparación civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado: ¿qué derecho no patrimonial se lesiona?

Parte 1

(*) (**)

1. Introducción

Desde la caída del régimen de Alberto Fujimori, el Estado ha iniciado una serie de denuncias penales por delitos de corrupción. El común denominador de las mismas, así como de los dictámenes fiscales y las sentencias es la carencia de fundamentación jurídica de la reparación civil en agravio del Estado. Ello redundando en el hecho que no se otorguen indemnizaciones o estas sean ínfimas (por no decir risibles), lo cual genera un incentivo perverso para seguir delinquir. La causa de este problema es el desconocimiento, por parte de los operadores jurídicos penales, de las nociones básicas de la responsabilidad civil, así como de la individualización del derecho no patrimonial que se lesiona, aunado a una falta de criterios para cuantificar este tipo de daño.

Veamos algunos ejemplos:

i) La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución No. 05-02-2008 (Lima), del 4 de mayo del 2009, impuso solidariamente a cuatro ex parlamentarios (tránsfugas a sueldo subvencionados por Vladimiro Montesinos con el dinero del Estado) el pago de S/. 1'000,000.00 por reparación civil derivada del delito de cohecho pasivo impropio y receptación.

ii) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución No. 984-2005 (Junín), del 07.06.05, impuso a un ex Director de un centro educativo de menores que se apoderó del US \$ 1,900.00, destinados a la adquisición de computadoras, el pago de S/. 1,000.00 por reparación civil derivada del delito contra la administración pública -peculado- en agravio del Estado y del centro educativo, pagando S/. 500.00 a cada uno.

iii) La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución No. 07-2007, del 7 de octubre del 2009, impuso a una ex parlamentaria, por el delito de nombramiento ilegal para cargo público, el pago de S/. 30,000.00 a favor del Estado.

iv) La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, en el Expediente AV-23-2001, con Resolución del 20 de julio del 2009, impuso a una ex presidente de la República, por los delitos contra la administración pública -peculado doloso en agravio del Estado y contra la fe pública- falsedad ideológica en agravio del Estado, el pago de S/. 3'000,000.00 solidariamente con otros tres encausados.

Se observa que es común que en las denuncias por estos delitos, en el caso que el Estado se constituye como parte civil, se pide una cantidad de dinero "por todo concepto" (y que las sentencias también siguen ese tenor al otorgar la indemnización); pero lo que se tiene que hacer es identificar cada uno de los daños, vale decir, daño emergente, lucro cesante y daño a la persona, fundamentarlos y solicitar el monto respectivo. Ello, a efectos de una correcta administración de justicia en beneficio de la parte civil y de la misma sociedad. El juez penal no debe ser una suerte de adivino de las pretensiones de la parte civil en el proceso penal. A efectos de una adecuada reparación, la parte civil debe individualizar y fundamentar exactamente los daños de los cuales se está solicitando indemnización.

Si bien es cierto que el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que éste tiene como obligación velar por la reparación civil en un proceso penal y en su artículo 92 que la acusación escrita debe contener el pedido reparatorio, así como el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales que la sentencia

condenatoria deberá fijar el monto de la reparación civil, fiscales y jueces sólo establecen un monto sin individualizar los daños ni motivarlos⁽¹⁾. Los fiscales y los jueces penales no están exentos del deber de fundamentar sus decisiones en lo que a la reparación civil se refiere.

No puedo dejar de citar la sugestiva doctrina en la cual se propone una diversa interpretación de estas coordinadas legislativas. Así, “sólo cuando exista una voluntad expresa del agraviado (o, en general, de todo perjudicado) de constituirse en parte civil dentro de un proceso penal, al sufrir un daño como consecuencia de la comisión (u omisión) de un delito, debe dictarse junto a la sentencia condenatoria la reparación civil”⁽²⁾. En este mismo sentido, se afirma que, de sostener lo contrario, se nos lleva al absurdo de “una demanda sin demandante”⁽³⁾. Frente a ello, autorizada doctrina penal observa que “el Ministerio Público en estos casos ostenta una *legitimación extraordinaria*, dado que no es el titular del derecho subjetivo privado, pero por disposición de la ley actúa en nombre propio aunque afirmando derechos subjetivos ajenos; la ley, pues, concede al Fiscal una posición habilitante para formular la oportuna pretensión civil”⁽⁴⁾. En mi opinión, si bien es cierto que no obstante se establezca legalmente la obligatoriedad de fijar la reparación civil, haya o no constitución en parte civil, jueces y fiscales no cumplen con otra obligación impuesta por ley que es la de la fundamentación de sus decisiones. Es hora que estos operadores jurídicos asuman con responsabilidad sus funciones.

2. El forzoso análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil

Tanto en las denuncias penales, como en las acusaciones fiscales y en las sentencias, abogados, fiscales y jueces omiten el análisis de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, entendiendo que la reparación civil es un mero apéndice de la identificación del tipo penal. El análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad civil, por ello es imperativo efectuarlo. Sólo con el ánimo de individualizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, éstos son:

- i) La *imputabilidad*, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- ii) La *ilicitud o antijuridicidad*, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- iii) El *factor de atribución*, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- iv) El *nexo causal*, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- v) El *daño*, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

Creo pertinente incidir en el descuidado análisis causal, desde el punto de vista de la responsabilidad civil (no penal). Así, el objeto del nexo causal tiene doble relevancia⁽⁵⁾:

- a) Para el aspecto del evento lesivo (*causalidad de hecho o fáctica*), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.
- b) Para el aspecto del daño resarcible (*causalidad jurídica*), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir⁽⁶⁾.

En efecto,

“una cosa es emplear la causalidad con el fin de imputar un hecho a un sujeto, en el concurso de otros factores, como la culpa, el dolo, la preposición (de un tercero), el ejercicio de una actividad riesgosa, la custodia, el ser propietario (aquí se debe responder a la pregunta: *¿quién ha sido?*) y otra cosa es emplear la causalidad para estimar el daño patrimonial, es decir, para determinar la relevancia jurídica de las consecuencias económicamente desfavorables dependientes del hecho ilícito (aquí se debe responder a la pregunta: *¿cuánto debe pagar el responsable?*)”⁽⁷⁾.

Como correlato de ello, la finalidad de la causa es doble: “imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la

entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible”⁽⁸⁾. Sin embargo, se afirma que este binomio sólo se trata de un uso lingüístico aceptable, porque tanto la causalidad natural como la jurídica, son “criterios de calificación normativa”⁽⁹⁾.

Resulta importante distinguir⁽¹⁰⁾:

a) La *causa*, que produce el efecto.

b) La *condición*, que si bien, no lo produce por sí, de alguna manera permite o descarta un obstáculo. Es “todo antecedente sin el cual el resultado no se habría producido, todo elemento que no puede ser eliminado con el pensamiento sin que haga faltar el efecto”⁽¹¹⁾.

El artículo 1985 del Código Civil, invocado por el demandante, regula lo siguiente: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

En materia de causalidad de hecho, vale decir, (frente al interrogante de quién es el responsable), este artículo recoge la *teoría de la causalidad adecuada*. Esta teoría busca entre todas las condiciones aquella (o aquellas) que ha(n) influido de manera decisiva en la producción del evento dañino. Hay una visión funcional del análisis causal.

Esta teoría entiende como causa de un evento, aquella conducta que, según un juicio *ex ante*, resulte adecuada para determinar el efecto sobre la base del *id quod prelumque accidit*⁽¹²⁾. Así, en la causalidad adecuada, “la relevancia jurídica de la condición está en función del incremento, producido por ésta, de la objetiva posibilidad de un evento del tipo de aquel efectivamente verificado”⁽¹³⁾. Hay causalidad adecuada, “entre un acto o actividad y un daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá”⁽¹⁴⁾. Para esta teoría, “no es causa cada condición del evento, sino sólo la condición que sea ‘adecuada’, ‘idónea’ para determinarlo. No se consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera disforme del curso normal de las cosas. El procedimiento para individualizar la adecuación se vale de un juicio *ex ante*: se remonta al momento de la acción y se juzga como si el evento debiese aún producirse”⁽¹⁵⁾. Así, “para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir o regular normalmente, un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto”⁽¹⁶⁾.

3. Sobre el bien jurídico tutelado en este tipo de delitos y su correspondencia con el derecho de la persona jurídica-Estado lesionado

Se observa que el titular del bien jurídico es la administración pública o el Estado. Así, “es interesante destacar que si bien el derecho penal toma a la administración pública como objeto de tutela en su dimensión objetiva o material, es decir, como actividad funcional, sin embargo es el Estado como órgano global –y la diversidad de instituciones (dimensión subjetiva)- quien asume la titularidad del sujeto pasivo. Se produce así el fenómeno de la integración de los dos ámbitos de la administración pública a través del derecho penal”⁽¹⁷⁾. En este orden de ideas, se afirma que “no se trata de proteger a la Administración *per se*, ni a su prestigio o dignidad, sino a la *actividad pública*”, concretamente, su “correcto funcionamiento”⁽¹⁸⁾. Por ello, “se busca proteger penalmente el normal, correcto y transparente desenvolvimiento o desempeño de la administración pública, orientada siempre al logro de su fin último cual es el bien común”⁽¹⁹⁾.

Existe un *sujeto pasivo genérico*, que es el Estado y un *sujeto pasivo específico*, que recae en la entidad estatal afectada o el funcionario “en determinados casos delictivos cometidos por particulares”⁽²⁰⁾. No siempre coinciden el sujeto pasivo (titular del bien jurídico) con la víctima del delito (aquel que resulta directamente agraviado),

“esto ocurre en algunas de las modalidades delictivas cometidas por funcionarios y servidores públicos donde existen agravios directos distintos a los entes estatales (generalmente los particulares) que resultan lesionados en sus derechos o intereses con los actos vulneratorios del bien jurídico *administración pública*. Es el caso, por ejemplo, del abuso de autoridad (artículos del 376 al 378, segundo párrafo), de la concusión (artículo 382) o con opiniones dispares en el tráfico de influencias (artículo 400), en tales situaciones se habla de sujeto pasivo y víctima por separado”^([21]).

De los ejemplos vistos, se individualizan los delitos de cohecho, peculado y nombramiento ilegal del cargo público. El delito de nombramiento ilegal para cargo público está tipificado en el artículo 381 del Código Penal^([22]). El bien jurídico tutelado es “preservar la legalidad de los nombramientos de los sujetos públicos, protegiendo a la administración pública de irregularidades en el ingreso, afirmando el prestigio de la administración pública, que debe hallarse al margen de cuestionamientos sobre la idoneidad y calidad de sus cuadros y componentes humanos”^([23]).

El delito de peculado doloso está tipificado en el artículo 387 del Código Penal^([24]). Se afirma que:

“el objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público, y b) evitar el abuso que quebranta los deberes de lealtad y probidad, garantizando el principio constitucional de fidelidad a los intereses públicos a que están obligados los funcionarios y servidores”^([25]).

En el delito de malversación de dinero o de bienes, tipificado en el artículo 389 del Código Penal^([26]), el bien jurídico tutelado es: “la regularidad y buena marcha de la administración pública. El objeto específico de la tutela penal es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo del dinero y bienes públicos. En suma, se trata de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional en el servicio”^([27]).

En el delito de cohecho o corrupción, concretamente, el cohecho pasivo propio, que está tipificado en el artículo 393 del Código Penal^([28]), el bien jurídico tutelado es “proteger el principio de imparcialidad en el desenvolvimiento de las funciones y servicios por parte de los sujetos públicos, lo que se expresa en la necesidad de asegurar un marco ideal caracterizado por la ausencia de interferencias en la adopción de las decisiones públicas”^([29]). En el delito de enriquecimiento ilícito, tipificado en el artículo 401 del Código Penal^([30]), el bien jurídico tutelado es:

“garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a funcionarios y servidores a que se ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. No es el patrimonio el punto de atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con los dineros del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo como dato material se concluya por la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses crematísticos desmedidos del funcionario y servidor público”^([31]).

4. ¿Qué derecho no patrimonial del Estado se lesiona?

La responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado, implica -a nivel no patrimonial- un daño a la persona, concretamente: una lesión a su derecho a la identidad. En efecto, lo que el funcionario público lesiona es la *institucionalidad*, entendida como un atributo básico del Estado de Derecho, en el cual sus órganos y representantes, tienen el imperativo de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos. Es hora que los operadores jurídicos (abogados y jueces) comiencen a internalizar que esta es una misión ineludible de los servidores públicos y reclamen e impongan, respectivamente, indemnizaciones (se entiende, adecuadamente fundamentadas) que verdaderamente sean disuasivas y no hagan que dicha institucionalidad sea un escenario de ciencia-ficción.

He de precisar que la identificación del derecho no patrimonial lesionado no es pacífica. En efecto, un sector de la

doctrina y jurisprudencia individualiza la lesión del derecho a la imagen. Respecto de este derecho, se entiende que existe:

“una dúplice forma de tutela por parte del ordenamiento jurídico: una, denominada directa, dirigida a garantizar a los ciudadanos el derecho a no ser lesionados por parte de terceros en la utilización de la propia imagen, entendida como reproducción o representación del aspecto físico corporal; la otra, denominada indirecta, dirigida, en cambio, a tutelar el prestigio de la persona, entendido como consideración que la sociedad tienen de cada individuo”^([32]).

En este orden de ideas, “cuando se habla de daño a la imagen de la Administración Pública solitamente se hace referencia a un daño que es ontológicamente diverso del daño a la imagen del privado”^([33]). Se agrega que la configuración civilista del ilícito del abuso de la imagen ajena “puede ser concebida, no sólo como aprovechamiento de la imagen material, sino también como abuso de la imagen, entendida en sentido metafórico”^([34]). Metáforas aparte, cuesta entender cómo se puede subsumir en una sola categoría dos daños ontológicamente distintos.

Otro sector de la doctrina opina que, “viciando la relación de confianza con la Comunidad administrada, el daño a la imagen de la administración ocasiona una disminución de la funcionalidad de la misma administración”^([35]). Se agrega que, “el comportamiento ilícito del dependiente público lesiona en último análisis el interés de la colectividad a una administración eficiente, eficaz, económica e imparcial, a la cual debe corresponder, por expreso dictado constitucional, la imagen de la Administración Pública”^([36]).

Entonces, “la lesión a la imagen se configura como daño público en cuanto lesión al buen andamiento -en razón de la pérdida de confianza y credibilidad de la Administración-, y como tal, se convierte en fuente de responsabilidad administrativa para el dependiente público que ha realizado un comportamiento gravemente ilícito idóneo a producir una pérdida de prestigio y una grave disminución de la personalidad pública”^([37]).

Se individualiza en los empleados y funcionarios públicos un deber de tutelar la imagen de la Administración, como “un valor de ética pública objetivado normalmente en los códigos de comportamiento de los empleados públicos”^([38]). Es el caso del punto 2, del artículo 6 de la Ley 27815, del Código de Ética de la Función Pública, del 12 de agosto del 2002, el cual establece que el servidor público actúa de acuerdo, entre otros, al principio de probidad, en los siguientes términos: “Actúa con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general y desechando todo provecho o ventaja personal, obtenido por sí o por interpósita persona”.

La razón de ser de la observancia de este principio, como los demás que están consagrados en la ley, la encontramos en el artículo 5 del Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública, Decreto Supremo No. 033-2005-PCM, del 18 de abril del 2005, el cual establece que: “Los principios, deberes y prohibiciones éticas establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, son el conjunto de preceptos que sirven para generar la confianza y credibilidad de la comunidad en la función pública y en quienes lo ejercen.

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

Entonces, no sólo es un imperativo ético, sino también una obligación del empleado público, el ser honesto, a efectos de generar en la colectividad confianza y credibilidad en la administración pública: la razón de ser de esta prescripción es la tutela de la identidad institucional del Estado.

Creo que es necesario depurar los siguientes conceptos:

1. El derecho a la imagen es la situación jurídica en la que se tutela la semblanza física del sujeto, protegiéndola a efectos que su reproducción sea exacta sin que se extraiga de su contexto y sin que sufra alteraciones. Como tal, este derecho es una manifestación de la identidad en su sentido estático. Está regulado en el artículo 15 del Código Civil, el cual prescribe que:

“La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”.

2. El derecho a la identidad es una situación jurídica en la que se tutela la identificación de los sujetos de derecho (identidad estática), en la que se encuentran datos como el nombre, el domicilio, las generales de ley, entre otros, así como su proyección social (identidad dinámica), vale decir, el conglomerado ideológico de una persona, sus experiencias, sus vivencias, tanto su ser como su quehacer. Este derecho está reconocido expresamente en el artículo 2.1 de la Constitución Política del Perú.
3. El derecho al honor es la situación jurídica en la que se reconoce a la persona en tanto un valor en sí misma y depositaria de una especial dignidad y frente a ello se la protege respecto de los juicios de valor que se puedan hacer de ella. El honor puede ser subjetivo (cuando el juicio de valor lo hace la propia persona), denominado también honra y objetivo (cuando el juicio de valor lo hace la colectividad), conocido además con el nombre de reputación. Este derecho está reconocido expresamente en el artículo 5 del Código Civil. Piénsese en el caso de una casa cinematográfica (Racing Pictures) que, en algunas secuencias cinematográficas, particularmente crudas en sus imágenes y por su contenido, principalmente falso, ofendía el régimen de la república islámica de Irán, a propósito de las atrocidades cometidas por las milicias irregulares de ese país (Corte de Casación, Sección I, No. 12951, del 5 de setiembre de 1992⁽³⁹⁾).

Ahora bien, el origen de la confusión obedece a que se pretende dar el mismo *nomen iuris* a situaciones jurídicas ontológicamente diversas: Por ejemplo, se pretende reconducir a una lesión al derecho a la imagen el “comprometer la credibilidad de un ente público”⁽⁴⁰⁾, o afectar “el buen andamio de la Administración Pública”⁽⁴¹⁾ o “al prestigio de la administración”⁽⁴²⁾, cuando en puridad se trata de una lesión al derecho a la identidad de la persona jurídica: no se afecta la semblanza física, sino la proyección social del Estado. Ello queda en evidencia cuando se afirma que “la tutela de la imagen pública debe ser garantizada en cuanto la Administración Pública, como persona jurídica pública, tiene una propia identidad que una vez conseguida, a través del cumplimiento de los principios sancionados por el artículo 97 de la Constitución italiana⁽⁴³⁾, debe ser reconocida y mantenida por sus funcionarios”⁽⁴⁴⁾.

A continuación haré una reseña de la experiencia jurídica italiana, haciendo la salvedad que principalmente hace referencia al derecho a la imagen de la persona jurídica, cuando en realidad se trata del derecho a la identidad. Así, se afirma que “la doctrina y la jurisprudencia predominantes frecuentemente han vinculado el daño a la imagen a la comisión de delitos, sea propios, como aquellos típicamente configurados, como delitos contra la Administración Pública, cometidos necesariamente por sujetos relacionados a la administración; sea comunes, por ejemplo, los delitos con contenido sexual, que pueden ser cometidos por cualquier sujeto físico”⁽⁴⁵⁾.

Se ha considerado un daño a la Administración Pública, el comportamiento de quienes, contraviniendo los principios morales y éticos, pero sobre todo penalmente relevantes, han cometido abuso sexual en menores. La ciudad de Palermo, constituyéndose parte civil en un proceso por pedofilia, ha solicitado un resarcimiento por los daños sufridos, “ocasionados al común sentimiento del pudor”, sea tanto en calidad de ente exponencial de la comunidad, como ente institucionalmente dedicado a la tutela de la infancia y el Tribunal de Palermo, con Sentencia No. 733 del 11 de enero del 2001, “le ha reconocido una daño a la imagen por el vasto eco y la difusión de los medios de comunicación de algunos aspectos penales”⁽⁴⁶⁾. Debe tenerse en cuenta que, cuando se hace referencia “al común sentimiento del pudor” es a propósito de la comunidad, de la cual la ciudad de Palermo es representante y ello, es justamente, lo que afecta su identidad, en calidad presencia y credibilidad a propósito de la protección a los menores.

Se afirma, a propósito de la Sentencia No. 698, de la Corte de Cuentas ⁽⁴⁷⁾, Región Lazio, sección jurisdiccional, del 4 de marzo del 2002, que:

“el daño a la imagen de la Administración Pública se produce cuando los órganos de la misma son culpables de concusión o de corrupción pasiva, ya que el Estado y los entes públicos participan en la vida social y económica, sea como sujetos que tanto imponen como erogan gastos y, por ello, una pérdida de credibilidad se traduciría en un daño patrimonial cierto, porque induciría a la evasión fiscal, alejaría a los contribuyentes más honestos e implicaría dispendiosos problemas de reorganización interna”^([48]).

En efecto, en tanto daño-evento, la lesión a la identidad del Estado, derivada de un delito de corrupción de alguno de sus funcionarios, produce daños-consecuencia, tanto extrapatrimoniales (pérdida de credibilidad, afectación de la institucionalidad), como patrimoniales: no sólo el monto del soborno, sino -como se pone de relieve en esta decisión- la disminución de ingresos por recaudación pública. En este último supuesto, nos encontramos frente a una pérdida de *chance* (que no basta invocarla, sino acreditarla) y el juez deberá aplicar la equidad.

Con relación a la Sentencia No. 2246, de la Corte de Cuentas, Región Lazio, sección jurisdiccional, del 29 de octubre de 1998, se advierte que: “ya los mismos reflejos negativos vinculados al inicio de un procedimiento penal, las investigaciones posteriores y condenas, que suscitan en la opinión pública ‘desconcierto y alarma’ constituyen un daño a la imagen de la Administración Pública”^([49]). Incluso si la comisión de delitos contra la Administración Pública, como la corrupción o el peculado facilita la configuración de la responsabilidad por daño a la imagen, no resulta indispensable, como se observa en la Sentencia No. 38, de la Corte de Cuentas, Región Umbria, sección jurisdiccional, del 31 de enero del 2002, “siendo suficiente que se realice una actividad objetivamente idónea para turbar el prestigio del cual goza la Administración Pública, en la colectividad”^([50]), o que, como se advierte en la Sentencia No. 859, de la Corte de Cuentas, Región Sardeña, sección jurisdiccional, del 13 de diciembre de 1999, “es suficiente que la noticia del evento lesivo sea pública”^([51]).

Como se observa en la Sentencia No. 2246, de la Corte de Cuentas, Región Lazio, sección jurisdiccional, ya citada, “aunque ontológicamente cierto, el daño debe ser valorizado equitativamente por el juez, teniendo en cuenta criterios objetivos, subjetivos y sociales”^([52]). En este sentido,

“siendo la tipología del daño a la imagen muy vasta, el daño no puede ser configurado solo como descrédito inmediato, consecuencia del ilícito penal, tanto que no se limita sólo a los daños que se derivan de la ofensa a la imagen, alias prestigio, de la Administración Pública, en dependencia de la comisión del delito, más bien debe ser revisado en todos aquellos casos en los cuales haya un comportamiento que provoca un sentido de desconfianza del privado frente a las instituciones y que se traduce en una turbación del prestigio de la misma administración, aunque no subsista producción del daño, sea directo o indirecto”^([53]).

Estoy de acuerdo que no es necesario que se inicie un proceso penal por delito de corrupción para que el Estado esté legitimado para solicitar una indemnización; pero es requisito indispensable que se configure el daño y que se acredite.

Según la Sentencia (f. 3,146), de la Corte de Cuentas, Región Puglia, sección jurisdiccional, del 16 de junio de 1999, “junto a la producción del delito se requiere también la verificación de algunas circunstancias, como el clamor suscitado y la importancia del cargo del quien ha producido el daño”^([54]). Se evalúa también, como se señala en la Sentencia No. 1839, de la Corte de Cuentas, Región Lombardia, sección jurisdiccional, del 16 de diciembre de 1998, “el impacto social del hecho, es decir, las reacciones que la comisión del delito ha causado, tanto en los medios de comunicación, como en la colectividad y en el ambiente de trabajo, en el ámbito en el cual se ha permitido la producción del evento lesivo”^([55]). En la Sentencia No. 39, de la Corte de Cuentas, Región Umbria, sección jurisdiccional, del 31 de enero del 2002, “se invoca un criterio ‘social’ para la configuración del daño a la imagen, en el sentido que la desconfianza que deriva de la negativa repercusión sobre la opinión pública, se pone de relieve como elemento integrador de la conducta dañina”^([56]).

La configuración del daño a la identidad (o del daño a la imagen, como ha sido identificado en la experiencia jurídica italiana), “constituye, sin lugar a dudas, un elemento disuasivo para los comportamientos de los funcionarios, de los dependientes o de aquellos que se encuentran en relación de servicio con el Estado; estos, en efecto, deberán ser más cautos en el actuar comportamientos poco honestos que, dirigidos a obtener mejores condiciones sociales o laborales, pueden dañar, la imagen (*rectius*, la identidad) del Estado”^([57]). El daño a la

persona ocasionado al Estado, configurado por el evento lesivo:

“consiste en el descrédito del ente público que deriva de la actividad ilícita de sus administradores y es susceptible de valoración patrimonial. Ha sido reconocido, en algunas sentencias (de la jurisprudencia italiana) que puede existir un daño público, que no debe necesariamente consistir en un perjuicio patrimonial ‘en sentido estricto’, directamente vinculado a los hechos de gestión; en efecto, también cuando no resulta alguna disminución o pérdida de valores relativos a los bienes que pertenecen a la Administración Pública, puede, en cambio, reconocerse y ser evaluado una daño moral (*rectius*, daño a la persona) por lesión del prestigio y de la imagen de la Administración Pública, sobre todo cuando esta se perjudique por la divulgación del hecho ofensivo consumado por el dependiente público mediante el abuso de funciones (*strepitus fori*)”^([58]).

Va dicho que, cuando la doctrina que vengo citando, se refiere al daño moral, lo hace en sentido amplio, llegando a individualizar un “daño existencial”. Así, a propósito de la Sentencia de la Corte de Cuentas No. 10/Secciones Reunidas/Q.M., del 23 de abril del 2003,

“el daño a la imagen no se sacrifica en la angosta y tan usada como obsoleta categoría del daño no patrimonial, *strictu sensu*, coincidente con el daño moral, entendido como sufrimiento consecuencia de un hecho ilícito, sino se coloca en el ámbito, más amplio, como es aquel representado por la categoría general del daño existencial; este, en efecto, no toma en consideración sólo el patrimonio del sujeto lesionado, sino la posibilidad de realizarse de la cual, todos y también una persona jurídica, disponen”^([59]).

El daño derivado de la coima o soborno (*tangente*) “en virtud que la misma debe ser considerada como la ilícita percepción de sumas por parte de sujetos, investidos institucionalmente de funciones públicas, configura, según parte de la jurisprudencia y de la doctrina (italianas), un supuesto de daño a la imagen”^([60]). Estas sumas de dinero,

“representando para el empresario un costo, que deberá necesariamente tener en cuenta en la determinación del precio ofrecido y no pudiendo ser configuradas como actos de liberalidad, en cuanto el contrayente habría podido permitir un ‘descuento’ sobre el precio del mercado igual, al menos, a la suma prometida o entregada; son claramente expresión de un fenómeno, por una parte, de corrupción y de la otra, de concusión, que reviste respectivamente a los funcionarios y al ente, cuya imagen resulta gravemente comprometida”^([61]).

Sin embargo, la doctrina que vengo citando critica esta posición, explicando que:

“se podría, en línea de principio, afirmar que el daño derivado por coima o corrupción (*tangente*) es seguramente distinto del daño a la imagen, en cuanto una cosa es la percepción de sumas, que faltan directamente al erario y que constituyen el daño emergente, otra cosa es, en cambio, el daño a la imagen que no necesariamente requiere un daño patrimonial directo; tal tipo de daño, en cambio, puede encontrarse, incluso cuando deberán asumirse los gastos para enfrentar la reconstrucción de la imagen de la Administración Pública, razón por la cual se podría hablar, no sólo, de lucro cesante”^([62]).

Debe tenerse presente que la responsabilidad civil por daño a la imagen (en el sistema italiano, a la identidad en el nuestro), no sólo deriva de un delito, sino también de una infracción disciplinaria,

“porque justo por un comportamiento inobservante de los deberes propios del dependiente público, que son los de diligencia, corrección, fidelidad, que puede ser causado un daño a la imagen de la Administración Pública. Sólo la ‘descarada’ violación de los deberes que derivan de la relación del servicio público provoca *ex se* un daño a la imagen de la Administración Pública, porque demuestra la incapacidad de la administración pública de ‘hacerse temer’”^([63]).

Lee la segunda parte del artículo [AQUÍ](#)

(*) El presente artículo se basa en la ponencia del Dr. Espinoza Espinoza en el *Congreso Internacional de Derecho Civil: 30 años del Código Civil*, que tuvo lugar en el Auditorio de Derecho de la PUCP del 10 al 14 de noviembre del presente año. El mencionado Congreso Internacional fue organizado por la Facultad de Derecho y

por la Maestría en Derecho Civil de Graduados de la PUCP, con la colaboración de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Este artículo es el resultado de la investigación realizada durante el año académico 2013 con el auspicio del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

([1]) PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario. *Reparación civil y proceso penal: ¿segunda victimización?* En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 133. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre, 2004; p. 55.

([2]) CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*, Lima: IDEMSA, 2001; p. 83. El mismo autor agrega que “cuando no exista el acto formal de constitución en parte civil no puede dictarse la reparación civil correspondiente por más que exista la comisión del delito y se haya comprobado además que con el ilícito se ha producido el daño. Sólo así se guarda coherencia y plenitud lógica con la consideración de la naturaleza jurídica de la reparación civil. De modo lógico se sostiene que ningún juez, mucho menos el penal, cuando tenga en sus manos un caso puede resolver sobre un extremo no comprendido en el petitorio, peor aún cuando se trata de una acción civil, la cual sólo cuando se ejerce puede encontrarse comprendida en la resolución por el juez correspondiente. Entendemos que si bien ésta no parece ser la voluntad del legislador penal cuando redactó las normas antes mencionadas no creemos que nuestra propuesta sea una interpretación descabellada. Muy por el contrario, creemos que ésta resulta ser la única interpretación correcta si se tiene en cuenta la naturaleza de la reparación civil y la función que cumple una institución civil en sede penal”.

([3]) GUILLERMO BRINGAS, Luis. *La naturaleza jurídica de la reparación civil derivada del delito*. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 149. Lima: Gaceta Jurídica, abril, 2006; p. 87, quien afirma que: “la reparación civil se determinará conjuntamente con la pena y deberá imponerse en la sentencia condenatoria si y solo si el agraviado se haya constituido en actor civil en el proceso penal. Otra interpretación llevaría al absurdo de que exista, considerando la naturaleza privada de la pretensión civil “una demanda sin demandante”; asimismo, una sentencia, fijando un monto por concepto de reparación civil, sin que el titular de la misma haya nunca presentado requerimiento judicial alguno, ni indicado por ello, “monto del petitorio”, ni ofrecido tampoco los medios probatorios que sustenten su pretensión”.

([4]) SAN MARTIN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, 2da. edición actualizada y aumentada. Volumen I. Lima: Grijley, 2003; p. 342.

([5]) SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile*. Milano: Giuffrè, 1998; p. 171.

([6]) Esta posición también es seguida por CASTRO TRIGOSO, Nelwin. *La poca fortuna de la responsabilidad solidaria y la causalidad. A propósito de una sentencia*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Año 10/No. 79. Lima: Gaceta Jurídica, abril, 2005; p. 131.

([7]) FRANZONI, Massimo. *Fatti Illeciti*. Bologna-Roma: Zanichelli- Il Foro Italiano, 1993; p. 86.

([8]) *Ídem.*; p. 89.

([9]) SALVI, Cesare. *Óp. cit.*; p. 172.

([10]) ALTERINI, Atilio Aníbal. Sigue a PIRSON, Roger y Albert DE VILLÉ. *Responsabilidad Civil*. 3era. edición Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987; p. 139. El autor identifica también la ocasión; pero prescindiendo de la misma, por cuanto queda subsumida en el concepto de la condición.

([11]) VON LISZT, Franz. *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin u. Leipzig, 1884; p. 110.

([12]) VON KRIES, Johannes. *Über der Begriff der Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit und ihre Bedeutung im strafrecht*, en *Zeitschrift ges. strw.*; p. 1889.

([13]) SALVI, Cesare. *Óp. cit.*; p. 173.

([14]) CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Traducido por BISBAL, Joaquim. Barcelona: Ariel, 1984; p. 192.

- ([15]) SINISCALCO, Marco. *Causalità (Rapporto di)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1960; p. 645.
- ([16]) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9na.edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997; p. 270.
- ([17]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ta. edición. Lima: Grijley. 2007; p. 19.
- ([18]) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra, 2003; p. 16.
- ([19]) SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2da. Edición. Lima: Iustitia-Grijley, 2011; p. 5.

([20]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Loc. cit.*

([21]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Ídem.*; p. 20.

([22]) El cual regula que: “El funcionario público que hace un nombramiento para cargo público a persona en quien no concurren los requisitos legales, será reprimido con sesenta a ciento veinte días-multa.

El que acepta el cargo sin contar con los requisitos legales será reprimido con la misma pena”.

([23]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Óp. cit.*; p. 328.

([24]) El cual norma que: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años”.

([25]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Óp. cit.*; p. 480.

([26]) El cual prescribe: “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.

Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años”.

([27]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Óp. cit.*; pp. 549-550.

([28]) El cual prescribe: “El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

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

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

([29]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Óp. cit.*; p. 647.

([30]) El cual sanciona que: El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

Se considera que existe *indicio* de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita”.

([31]) ROJAS VARGAS, Fidel. *Óp. cit.*; pp. 854-855.

([32]) MUSIO, Antonio. *Profili civilistici del danno all'immagine delle persone giuridiche*. En: AVERSANO, Francesco, Aurelio LAINO y Antonio MUSIO. *Il danno all'immagine. Profili civilistici, penalistici ed erariali*. Torino: Giappichelli, 2012; p. 3.

([33]) CORTESE, Wanda. *La responsabilità per danno all'immagine della Pubblica Amministrazione*. Padova: CEDAM, 2004; p. 72.

([34]) *Ibidem*.

([35]) URSI, Riccardo. *Danno all'immagine e responsabilità amministrativa*. En: *Diritto amministrativo. Rivista Trimestrale*. Año IX. Fascículo 1. Milano: Giuffrè; p. 334.

([36]) *Ibidem*.

([37]) *Ídem.*; pp. 334-335.

([38]) *Ídem.*; p. 338.

([39]) *Il Foro Italiano*. Año CXIX. Volumen CXVII. Primera Parte. Bologna-Roma: Zanichelli-Il Foro Italiano, 1994; p. 562, con nota de SALERNO, Francesco.

([40]) MUSIO, Antonio. *Óp. cit.*; p. 28.

([41]) CORTESE, Wanda. *Óp. cit.*; p. 164.

([42]) URSI, Riccardo. *Óp. cit.*; p. 333.

([43]) El cual consagra que: “Las dependencias públicas están organizadas según las disposiciones legales, de manera tal que se asegure el buen andamiento y la imparcialidad de la administración.

En el ordenamiento de las dependencias se determinan las esferas de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios.

A los empleos en la administración pública se accede mediante concurso, salvo los casos establecidos por ley”.

([44]) CORTESE, Wanda. *Óp. cit.*; p. 179.

([45]) *Ídem.*; p. 129.

([46]) *Ídem.*; p. 130.

([47]) La Corte de Cuentas es un órgano constitucional, previsto en los artículos 100 a 103 de la Constitución Italiana, que la considera como un órgano auxiliar del Gobierno. Tiene funciones consultivas, de control y jurisdiccionales.

([48]) CORTESE, Wanda. *Loc. cit.*

([49]) *Ibidem.*

([50]) *Ídem.*; p. 131.

([51]) *Ibidem.*

([52]) *Ídem.*; p. 132.

([53]) *Ídem.*; p. 133.

([54]) *Ibidem.*

([55]) *Ibidem.*

([56]) *Ibidem.* Cita también la Sentencia No. 7839, de la Corte de Cuentas, Región Piemonte, sección jurisdiccional, del 30 de julio del 2001.

([57]) *Ídem.*; p. 141.

([58]) *Ídem.*; pp. 142-143.

([59]) *Ídem.*; p. 178.

([60]) *Ídem.*; p. 146.

([61]) *Ídem.*; pp. 146-147.

([62]) *Ídem.*; p. 147.

([63]) *Ídem.*; p. 154. En el mismo sentido URSI, Riccardo. *Óp. cit.*; p. 340.