

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

Juan **ESPINOZA ESPINOZA****

El autor sostiene que es común que en las denuncias por delitos de corrupción, en el caso que el Estado se constituya como parte civil, se pida una cantidad de dinero “por todo concepto”, y las sentencias también siguen ese tenor al otorgar la indemnización. No obstante, lo que se tendría que hacer es identificar cada uno de los daños (daño emergente, lucro cesante y daño a la persona), fundamentarlos y solicitar el monto respectivo. En tal sentido, desarrolla los elementos de responsabilidad civil, la individualización del derecho no patrimonial que se lesiona, así como los criterios que deben aplicarse para cuantificar este tipo de daño, a fin de fundamentar adecuadamente la reparación civil en los delitos de corrupción.

TEMA RELEVANTE

MARCO NORMATIVO

- **Constitución:** art. 2.
- **Código Civil:** arts. 5, 15, 1326 y 1985.
- **Código Penal:** arts. 59, 185, 381, 382, 387, 389, 393 y 401.
- **Código de Procedimientos Penales:** art. 285.
- **Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 052 (18/03/1981):** arts. 1 y 92.

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 redundará en el hecho que no se otorguen indemnizaciones o estas sean ínfimas (por no decir risibles), lo cual genera un incentivo perverso para seguir delinquiendo. 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.

* 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.

** Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Veamos algunos ejemplos:

1. La Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución N° 05-02-2008 (Lima), del 4 de mayo de 2009, impuso solidariamente a cuatro exparlamentarios (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.
2. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución N° 984-2005 (Junín), del 7 de junio de 2005, impuso a un exdirector de un centro educativo de menores que se apoderó de 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.
3. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, con Resolución N° 07-2007, del 7 de octubre de 2009, impuso a una exparlamentaria, por el delito de nombramiento ilegal para cargo público, el pago de S/. 30,000.00 a favor del Estado.
4. La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, en el Exp. N° AV-23-2001, con Resolución del 20 de julio de 2009, impuso a un expresidente 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 este 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 solo establecen un monto sin individualizar los daños ni motivarlos¹. 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 “solo 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

¹ PALACIOS MELÉNDEZ, Rosario. “Reparación civil y proceso penal ¿segunda victimización?”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 133, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre de 2004, p. 55.

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.

I. 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.** Solo con el ánimo de individualizar los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, estos son:

- a) **La imputabilidad**, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.
- b) **La ilicitud o antijuridicidad**, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c) **El factor de atribución**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d) **El nexo causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e) **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

2 CASTILLO ALVA, José Luis. *Las consecuencias jurídico-económicas del delito*. Idemsa, Lima, 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. Solo 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 solo cuando se ejerce puede encontrarse comprendida en la resolución por el juez correspondiente. Entendemos que si bien esta 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 esta 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” (cit.).

3 GUILLERMO BRINGAS, Luis. “La naturaleza jurídica de la reparación civil derivada del delito”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 149, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 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” (cit.).

4 SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª edición actualizada y aumentada, volumen I, Grijley, Lima, 2003, p. 342.

responsabilidad civil (no penal). Así, el objeto del nexo causal tiene doble relevancia⁵:

- 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 resarcir⁶.

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 solo se trata de un uso lingüístico aceptable, porque tanto la causalidad natural como la jurídica, son “criterios de calificación normativa”⁹.

Resulta importante distinguir¹⁰:

- 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*

5 SALVI, Cesare. *La Responsabilità Civile*. Giuffrè, Milano, 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, N° 79, Gaceta Jurídica, Lima, abril de 2005, p. 131.

7 FRANZONI, Massimo. *Fatti Illeciti*. Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1993, p. 86.

8 *Ibidem*, p. 89.

9 SALVI, Cesare. *Ob. cit.*, p. 172.

10 ALTERINI, Atilio Anibal, quien sigue a PIRSON, Roger y DE VILLÉ, Albert. *Responsabilidad Civil*. 3ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 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.

*accidit*¹². Así, en la causalidad adecuada, “la relevancia jurídica de la condición está en función del incremento, producido por esta, 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 solo la condición que sea “adecuada”, “idónea” para determinarlo. No se consideran, por lo 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.

II. SOBRE EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN ESTE TIPO DE DELITOS Y SU CORRESPONDENCIA CON EL DERECHO DE LA PERSONA JURÍDICA-ESTADO LESIONADO

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. ”

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

12 VON KRIES, Johannes. “Über der Begriff der Wahrscheinlichkeit und Moglicheit und ihre Bedeutung im strafrecht”. En: *Zeitschrift ges. strw.*, 1889.

13 SALVI, Cesare. Ob. cit., p. 173.

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

15 SINISCALCO, Marco. “Voz Causalità (Rapporto di)”. En: *Enciclopedia del Diritto*. Giuffrè, Milano, 1960, p. 645.

16 BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 270.

17 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. 4ª edición, Grijley, Lima, 2007, p. 19.

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

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 agraviados 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 376-378 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 Penal²². 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 Penal²⁴. 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 Penal²⁶, el bien jurídico tutelado

19 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración Pública*. 2ª edición, Iustitia-Grijley, Lima, 2011, p. 5.

20 ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit.

21 *Ibidem*, 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. Ob. 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. Ob. cit., p. 480.

26 El cual prescribe que: “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.

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 Penal²⁸, 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 Penal³⁰,

el bien jurídico tutelado es “garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídicamente 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.

III. ¿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

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. Ob. cit., pp. 549-550.

28 El cual prescribe que: “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. Ob. 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. Ob. cit., pp. 854-855.

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 tiene 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 solo 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 “vician-do 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

32 MUSIO, Antonio. “Profili civilistici del danno all’immagine delle persone giuridiche”. En: AVERSANO, Francesco; LAINO, Aurelio e MUSIO, Antonio. *Il danno all’immagine. Profili civilistici, penalistici ed erariali*. Giappichelli Editore, Torino, 2012, p. 3.

33 CORTESE, Wanda. *La responsabilità per danno all’immagine della Pubblica Amministrazione*. Cedam, Padova, 2004, p. 72.

34 Ídem.

35 URSI, Riccardo. “Danno all’immagine e responsabilità amministrativa”. En: *Diritto amministrativo. Rivista Trimestrale*. Año IX, fascículo 1, Giuffrè, Milano, p. 334.

36 Ídem.

37 Ibídem, pp. 334-335.

de comportamiento de los empleados públicos”³⁸. Es el caso del punto 2, del artículo 6 de la **Ley N° 27815, del Código de Ética de la Función Pública, del 12 de agosto de 2002**, el cual establece que el servidor público actúa de acuerdo, entre otros, al **principio de probidad**, en los siguientes términos:

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

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.”

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

“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 solo es un imperativo ético, sino también una obligación del empleado público, el ser honesto, a efectos de generar en la colectividad confianza y credibilidad en la Administración Pública: la razón de ser de esta prescripción es la tutela de la identidad institucional del Estado.

Creo que es necesario depurar los siguientes conceptos:

- a. **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, exclusivamente 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”.

- b. **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

³⁸ *Ibidem*, p. 338.

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.

- c. **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 diciembre de 1992³⁹).

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 andamiento 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 italiana⁴³, 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.

39 *Il Foro Italiano*, Año CXIX, Volumen CXVII, Primera Parte, Zanichelli-Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1994, p. 562, con nota de Francesco Salerno.

40 MUSIO, Antonio. Ob. cit., p. 28.

41 CORTESE, Wanda. Ob. cit., p. 164.

42 URSI, Riccardo. Ob. 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. Ob. cit., p. 179.

45 *Ibidem*, p. 129.

Se ha considerado un daño a la Administración Pública, el comportamiento de quienes que, 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 N° 733, del 11 de enero de 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 N° 698, de la Corte de Cuentas⁴⁷, Región Lazio, sección jurisdiccional, del 4 de marzo de 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 solo 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 N° 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 N° 38, de la Corte de Cuentas, Región Umbria, sección jurisdiccional, del 31 de enero de 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 N° 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.

46 *Ibidem*, 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. *Ob. cit.*

49 *Ídem*.

50 *Ibidem*, p. 131.

51 *Ídem*.

Como se observa en la Sentencia N° 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 solo 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 de quien ha producido el daño”⁵⁴. Se evalúa también, como se señala en la Sentencia N° 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 N° 39, de la Corte de Cuentas, Región Umbria, sección jurisdiccional, del 31 de enero de 2002, “se invoca una 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

52 *Ibidem*, p. 132.

53 *Ibidem*, p. 133.

54 *Ídem*.

55 *Ídem*.

56 CORTESE, Wanda. Ob. cit., que cita también la Sentencia N° 7839, de la Corte de Cuentas, Región Piemonte, sección jurisdiccional, del 30 de julio de 2001.

57 CORTESE, Wanda. Ob. cit., p. 141.

disminución o pérdida de valores relativos a los bienes que pertenecen a la Administración Pública, puede, en cambio, reconocerse y ser evaluado un daño moral (*rectius*, daño a la persona) por lesión del prestigio y de la imagen de la Administración Pública, sobre todo cuando esta se perjudica 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 N° 10/Secciones Reunidas/Q.M., del 23 de abril de 2003, “el daño a la imagen no se sacrifica en la angosta y tan usada como obsoleta categoría del daño no patrimonial, estricto 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 solo 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 (**tan-gente**) “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 contratante 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 (**tan-gente**) 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 solo, 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 solo deriva de un delito, sino también de una **infracción disciplinaria**, “porque justo por

“La responsabilidad del dependiente (servidor o funcionario público) frente al Estado es de naturaleza contractual, tiene un plazo prescriptivo de 10 años y puede llegar a ser solidaria.”

58 *Ibidem*, pp. 142-143.

59 *Ibidem*, p. 178.

60 *Ibidem*, p. 146.

61 *Ibidem*, p. 146-147.

62 *Ibidem*, p. 147.

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. Solo la “descarada” violación de los deberes que derivan de la relación del servicio público provoca “*ex se*” una daño a la imagen de la Administración Pública, porque demuestra la incapacidad de la Administración Pública de “hacerse temer”⁶³.

IV. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑO AL ESTADO DERIVADO DE LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN ¿CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL?

Debe tenerse en cuenta la novena disposición final de la **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República Nº 27785, del 22 de julio de 2002**, al definir el término “Responsabilidad Civil”, expresa que:

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

Si bien esta disposición se refiere solo al “daño económico”, forzosamente deben

incluirse los daños de naturaleza no patrimonial, en atención a una interpretación sistemática y coherente de este supuesto específico de responsabilidad civil. Entonces, la responsabilidad del dependiente (servidor o funcionario público) frente al Estado es de naturaleza contractual, tiene un plazo prescriptorio de 10 años y puede llegar a ser solidaria.

Calificada doctrina administrativista sostiene que: “para analizar el deber funcional incumplido debe recordarse que nos encontramos frente a una responsabilidad civil de naturaleza contractual, en tanto deriva de perjuicios o menoscabos ocasionados por el agente en el desarrollo de obligaciones o deberes funcionales de su relación de empleo público”⁶⁴. Se afirma que la responsabilidad por daño a la imagen (en el sistema italiano, a la identidad en el nuestro) “debe ser configurada como responsabilidad de naturaleza contractual; en efecto, si la lesión del bien proviene de un sujeto encuadrado de cualquier manera en la Administración Pública, esta se debe considerar como efecto de un daño causado en violación de los deberes de oficio, que son los del público dependiente: fidelidad, lealtad, profesionalidad, diligencia en el cumplimiento de las funciones, obligaciones, todos, que se reclaman en la fórmula de juramento y a los cuales debe conformarse el comportamiento de los dependientes en servicio, que, y no solo, inciden en la relación de confianza entre los ciudadanos y la Administración Pública; pero, repercuten, también, en la violación de los principios sobre los cuales, hoy, se funda toda la actividad administrativa”⁶⁵. Si la lesión a la identidad del Estado, proviene de un sujeto cualquiera, la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito de corrupción en el cual ha incurrido, será extracontractual.

63 CORTESE, Wanda. Ob. cit., p. 154. En el mismo sentido: URSI, Riccardo. Ob. cit., p. 340.

64 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Control gubernamental y responsabilidad de los funcionarios públicos. Comentarios, legislación y jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 173.

65 CORTESE, Wanda. Ob. cit., p. 151.

V. DE LA CONCUSIÓN A LA DENOMINADA CONCUSIÓN AMBIENTAL

El artículo 382 del Código Penal tipifica el delito de concusión de la siguiente manera:

“El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”.

Se afirma que “el privado, es extraño al delito de concusión, él es solo la víctima de un empleado público ávido y deshonesto que, con una suerte de *vis compulsiva* hace que su voluntad se vicie, o incluso, anulada: aquel se comporta como un autómatas en un escenario digno de la fantasía de Fritz Lang de *Metrópolis*. Diferente es, en cambio el delito de corrupción”⁶⁶. Sin embargo, se advierte que se pueden presentar situaciones de “corrupción-concusión”⁶⁷, llegándose a identificar un supuesto de “concusión ambiental”⁶⁸. Así, “esta se verifica cuando el ambiente de la administración es corrupto a tal punto que el acto ilícito se convierte en la práctica. En este caso faltaría el abuso que constriñe o es inducido por el empleado público o del encargado del servicio público y el privado actúa en virtud de una falsa opinión, que se ha formado, sobre el hecho que su comportamiento es necesario por las ‘condiciones ambientales’, en razón del hecho que en otras ocasiones el camino recorrido ha sido el mismo”⁶⁹. En Italia los casos emblemáticos de **tangente** (coima o soborno) han trascendido las fronteras (...) lamentablemente también

en el Perú, como en no pocos países latinoamericanos, se hace noticia por lo mismo.

Entonces, “cuando esta práctica es constante, la Administración Pública pierde su propia aurea de imparcialidad, de la misma manera que el privado pierde su estado de sometimiento frente a los empleados públicos; hay una suerte de intimidación ambiental que conduce al privado a pagar lo no debido para obtener lo que necesita”⁷⁰. Entonces “el ciudadano, en muchos casos, no se podrá considerar víctima de los abusos del representante de los poderes públicos, sino, al contrario, apuntará a asegurarse ventajas ilícitas, aprovechando los mecanismos criminales y convirtiéndose también en protagonista de tal sistema de corrupción generalizada. La manzana podrida ha contaminado también la parte sana. A este punto, el daño a la imagen de la Administración Pública es más grave (se redobla), respecto al normal daño reprochable al empleado público”⁷¹. Este funcionario, “no asume solo una responsabilidad individual frente a la Administración Pública por la comisión de un acto ilícito, sino que asume, también, una suerte de responsabilidad colectiva, junto a otros funcionarios, por la corrupta gestión de la cosa pública”⁷².

De esta manera, “la desconfianza generada en el privado aumenta respecto del singular episodio ilícito. El privado, en efecto, si inicialmente, en el caso de episodios aislados, prueba un sentimiento de repulsión frente a un determinado funcionario público, en la segunda hipótesis puede, en cambio, sentirse casi autorizado a comportarse de una manera ilícita, como si su comportamiento esté,

66 *Ibíd.*, p. 135.

67 *Ibíd.*, p. 137.

68 *Ídem.*

69 *Ibíd.*, p. 138.

70 *Ídem.*

71 *Ibíd.*, p. 139.

72 *Ídem.*

en el fondo, legitimado por el actuar común y por la convicción radicada en su psiquis “que de otra forma no podrá obtener del funcionario público, su directo interlocutor, un tratamiento similar a los demás y ‘eufemísticamente’ imparcial”⁷³. Entonces “la *escalation* criminal es insoportable. Del funcionario que abusa de la propia calificación para generar un *metus* en el privado con el fin de obtener provecho, se pasa a una relación paritaria entre corrompido y corruptor, hasta cuando esto no se convierte en la praxis”⁷⁴.

Surge la pregunta ¿qué rol juega el privado al agravar la ya comprometida reputación de la Administración Pública?, se responde que “ciertamente no se puede decir que exista un *metus*, ni que haya una constrictión; más bien hay una auténtica sujeción que, en un primer momento, está acompañada por un sentimiento de impotencia y resignación, después se convierte en una verdadera convicción que no se puede hacer nada sino adoptar este comportamiento, si uno quiere “incardinarse” en la manera más completa en tal sistema burocrático, que hace que el privado, de víctima, se convierta, en cambio, en protagonista del sistema”⁷⁵.

Entonces, ¿el comportamiento del privado se convierte en concausa del daño a la Administración Pública? Se explica que si el ciudadano “denunciase la comisión de comportamientos ilícitos, el fenómeno criminal podría detenerse y la misma imagen de la administración, aunque gravemente comprometida, podría ser restaurada, a través de la eliminación de los elementos corruptos. Si, en cambio, el privado, no siente el deber moral, que le deriva de su pertenecía ‘necesaria’ al

Estado, de denunciar los comportamientos, significa que este no tiene esperanza alguna de salir del engranaje que funciona mal; es parte integrante y su desconfianza en el sistema legal y su confianza en el ilegal lo llevan a mantener, a cualquier costo, su posición, fatigosamente conquistada”⁷⁶.

Entonces, en un escenario en el que los actos de corrupción se convierten en práctica habitual y el particular es también actor, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, se genera una concausa que, de acuerdo al artículo 1326 del Código Civil, genera una redistribución de los costos reparatorios a asumirse: atenuación de responsabilidad contractual del funcionario público frente al Estado, mientras que la diferencia la asume el particular extracontractualmente, siempre frente al Estado.

Este análisis causal reviste particulares matices cuando es el funcionario público que, dada su particular posición “contrata” con particulares: recuérdese el penoso caso de Vladimiro Montesinos y los Crousillat cuando se vendió la línea editorial de América Televisión. En efecto, como sostuve en otra sede, “es aquí donde ha pasado un hecho desapercibido por todos: la ‘otra parte’ del contrato ilícito (guste o no) era el Estado ya que (bien o mal) Vladimiro Montesinos, actuaba en su representación (mal se podría decir que se limitaba a actuar a favor de Alberto Fujimori a título personal) y pagando además con los fondos del mismo. ¿Puede argumentarse válidamente que el Estado sea ‘víctima’ cuando su representante fue parte activa en la comisión de este daño? Creo que este hecho ha debido tenerse en cuenta a efectos de

73 Ídem.

74 Ibídem, p. 140.

75 Ídem.

76 Ibídem, p. 141.

establecer una concausa que hubiera atenuado la responsabilidad civil de los Crousillat y de América Televisión⁷⁷.

VI. ¿QUÉ CONSIDERACIONES SE DEBEN TENER EN CUENTA A EFECTOS DE DETERMINAR EL QUÁNTUM DEL DAÑO A LA PERSONA SI SE TRATA DE UNA PERSONA JURÍDICA?

Un sector de la doctrina entiende que se debería individualizar:

- a. La finalidad perseguida por la persona jurídica y su función social. Así, “la lesión será más relevante cuando directamente se referirá al fin perseguido por el ente, transmitiendo al exterior la imagen de un sujeto que no es capaz de actuar eficazmente o, peor aún, que actúa en contra de las propias finalidades institucionales⁷⁸. En mi opinión, si entendemos a la imagen como semblanza física, la persona jurídica (por su particular naturaleza) no podría ser titular de un derecho sobre este modo de ser. En verdad, a lo que se estaría haciendo alusión es a la **identidad** de la persona jurídica, en tanto proyección social de la misma.
- b. La relación que existe entre la persona jurídica dañada y el responsable, en particular, si se trata de un tercero o de un dependiente, un socio o un administrador⁷⁹.

El incumplimiento del pago de la reparación civil, en tanto regla de conducta debida del condenado beneficiado con la suspensión de la pena, puede implicar su revocación. ”

- c. El tipo legal del delito (si se ha configurado), como “antecedente lógico-jurídico del resarcimiento⁸⁰. También su **gravedad** “valorizada en relación al bien tutelado y a las modalidades de su realización, considerando la eventual reiteración y difusión, frecuentemente en este juicio se da relevancia también a la gravedad de la culpa del responsable⁸¹.
- d. Si se trata de un delito de corrupción, el monto del soborno tiene un “valor indiciario⁸². En efecto, piénsese cuando el funcionario público se apropia ilícitamente de una cantidad de dinero: el monto del peculado (más los intereses legales) formaría parte del daño emergente; pero también debe tenerse en cuenta a efectos de la determinación del cuántum por el daño a la persona del Estado. Este criterio debe ser empleado cautamente, incluso en los casos de “micro-criminalidad”, a efectos de evitar incentivos a conductas que sumadas en su totalidad, generan enormes externalidades negativas.
- e. La repercusión social que ha tenido el daño (sobre todo si se trata de un delito perpetrado por un funcionario público, como podría ser el de corrupción). Se tiene en cuenta “la capacidad exponencial del mismo ente, la relevancia de las funciones encomendadas a este, sus dimensiones territoriales⁸³. Se debe tener en

77 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. 7ª edición, Editorial Rodhas, Lima, 2013, p. 653.

78 BIANCHI, Ranieri. “Il danno non patrimoniale da lesione dei diritti della personalità degli enti collettivi”. En: *Il danno non patrimoniale. Principi, regole e tabelle per la liquidazione*. A cura de Emanuela Navarretta, Giuffrè, Milano, 2010, p. 369.

79 Ídem.

80 Ídem, p. 374.

81 Ídem, p. 379.

82 Ídem, p. 377.

83 Ídem, p. 379.

cuenta que, “la difusión que, del hecho ilícito hace la prensa, expresaría la relevancia social del hecho criminal; el *clamor fori*, entonces, constituiría solo uno de los criterios que el juez debe considerar para la determinación del daño, que debe ser evaluado equitativamente”⁸⁴.

Como ya se había señalado, y sintetizando la reseña jurisprudencial realizada, la valorización equitativa se realiza teniendo en cuenta tres tipologías de factores, que surgen como criterios indispensables para la determinación del resarcimiento que deben ser aplicados de manera coordinada y conjunta y hacen referencia a tres categorías de elementos⁸⁵:

- a. **Objetivos**, como la gravedad del ilícito cometido, la modalidad de su realización, la eventual reiteración y la medida de la ventaja conseguida por el dependiente infiel, la entidad de las sumas indebidamente percibidas⁸⁶.
- b. **Subjetivos**, como la ubicación del sujeto agente en la organización administrativa y su capacidad de representar la administración⁸⁷.
- c. **Sociales**, como la capacidad exponencial del ente, la relevancia de las funciones desenvueltas, el impacto ocasionado al público del ilícito, la difusión y el relieve dado al ilícito, la afectación social del hecho, en relación a los efectos negativos del mismo, no solo frente a los colegas

del funcionario, sino también respecto a la relación de confianza, que es indispensable que exista entre administración financiera y contribuyentes⁸⁸.

VII. LA PROBLEMÁTICA DE LOS *EX-TRANEI* AL DELITO ESPECIAL CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Este tipo de delitos tiene un sujeto activo calificado: el funcionario público, conocido también como *intraneus*; pero ¿qué sucede con el *extraneus*, es decir, el sujeto que participa en este delito sin tener este status? A nivel de responsabilidad penal, la doctrina no se pone de acuerdo ya, que se contraponen las siguientes teorías⁸⁹:

- i. **La teoría de la ruptura del título de imputación**, “según ella, los tipos penales de delitos especiales solamente se refieren a los *intranei*; por lo tanto, los *extranei* solamente serán punibles sobre la base de los tipos penales comunes que concurran (‘cada uno responde por su propio injusto’)⁹⁰. Como ejemplo se pone el caso del peculado: el *intraneus* con dominio del hecho es sujeto activo del delito de peculado (*ex* artículo 387 del Código Penal) y el *extraneus* será autor o cómplice del delito hurto (*ex* artículo 185 del Código Penal). Viceversa, el *extraneus* con dominio del hecho es sujeto activo del delito de hurto (*ex* artículo 185 del Código Penal) y el

84 CORTESE, Wanda. Ob. cit., p. 173.

85 *Ibidem*, p. 169.

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

87 CORTESE, Wanda. Ob. cit., quien cita la Sentencia N° 205, de la Corte de Cuentas, Región Lazio, sección jurisdiccional, del 20 de octubre de 2003.

88 CORTESE, Wanda. Ob. cit., quien cita la Sentencia N° 129, de la Corte de Cuentas, Región Campania, sección jurisdiccional, del 11 de diciembre de 2001; la Sentencia N° 554, de la Corte de Cuentas, Región Umbria, sección jurisdiccional, del 9 de noviembre de 1999; la Sentencia N° 104, de la Corte de Cuentas, Región Marche, sección jurisdiccional, del 18 de enero de 2002; la Sentencia N° 557, de la Corte de Cuentas, Región Umbria, sección jurisdiccional, del 18 de octubre de 2000 y la Sentencia N° 622, de la Corte de Cuentas, Región Umbria, sección jurisdiccional, del 29 de diciembre de 1999.

89 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., p. 48.

90 *Ídem*.

intraneus “colaborador” es partícipe del delito de peculado (ex artículo 387 del Código Penal). La consecuencia es que “teóricamente siempre habría impunidad del *extraneus*, pues no existe un delito común subyacente a este”⁹¹ y además “el defecto esencial de esta teoría está en que atenta contra la “accesoriedad” de la participación, pues en los casos en que quien tuvo dominio de hecho fue el *intraneus*, la punibilidad del partícipe *extraneus* no va a depender del “hecho principal” punible (el delito especial), sino de otro que en realidad no se ha cometido (el “delito común”). Y también, al revés”⁹².

ii. **La teoría de la unidad del título de imputación**, “para esta tesis, el *extraneus* sí puede ser partícipe del delito especial, pues si bien no es ni puede ser considerado como ‘autor’ del delito especial impropio, nada impide que lo pueda ser como ‘cómplice’ o ‘instigador’ de ese mismo delito. También al *extraneus* se dirige la norma subyacente al tipo penal, pues se trata de proteger un interés determinado (bien jurídico) y la protección no solamente es en interés de todos, sino que crea el deber de hacerlo en todos”⁹³.

iii. **La teoría de la lesión del deber**, propugnada por Claus Roxin, el cual “distingue entre ‘delitos de dominio’ y ‘delitos de deber’. En los primeros, el legislador presupone el ‘dominio’ de la conducta típica por parte del autor, sea por sí mismo, por intermedio de otro, o conjuntamente con otros; en cambio, en los segundos, el reproche penal va dirigido a la infracción de un deber específico del sujeto activo,

sea como lo realice. Luego, solamente para los primeros sería necesario partir del criterio ‘dominio del hecho’ para distinguir entre autor y cómplice; en cambio, en los segundos lo que interesa para la autoría es la ‘infracción del deber’, independientemente de si ontológicamente pueda hablarse de un dominio de hecho o no”⁹⁴. Con este razonamiento, siempre el funcionario público sería responsable penalmente. Sobre el particular, se sostiene que “según los postulados de la teoría de los delitos de infracción de deber, el hombre de atrás *intraneus* es el autor (mediato), mientras que el hombre de adelante extraño es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el *intraneus* (el obligado) puede fundamentar la autoría. De ello, se concluye que el *intraneus* es autor mediato, puesto que lo que hace es realizar la acción típica ‘a través de otro’, infringiendo personalmente su deber especial. En cambio, aunque tenga el ‘dominio del hecho’, el *extraneus* es solo un cómplice; él no puede ser autor, porque no está vinculado al deber especial y, por lo tanto, no puede lesionarlo”⁹⁵. En posición crítica, sostiene que esta teoría “genera impunidad” al *extraneus*⁹⁶.

Se afirma que “la disputa entre la teoría de la unidad del título de imputación y la teoría de la ruptura del título de imputación, en relación con la cuestión de la pena a imponer al partícipe *extraneus* de un delito especial, debe solucionarse en función de las

91 *Ibidem*, p. 49.

92 *Ibidem*, pp. 49-50.

93 *Ibidem*, p. 50.

94 *Ibidem*, p. 54.

95 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Ob. cit.*, p. 15.

96 *Ibidem*, p. 18.

estructuras de imputación penal que informan el delito especial. Si el delito especial es un delito de dominio deberá seguirse lo establecido por la teoría de la unidad del título de imputación, mientras que si el delito especial es un delito de infracción de un deber, habrá que seguir lo dispuesto por la teoría de la ruptura del título de imputación. Esta solución requiere, sin embargo, una doble matización. En el caso de la inducción, es posible castigar la conducta de determinar a otro a cometer un delito, tanto si el delito es de dominio como si es de infracción de un deber, pues la inducción tiene una estructura autónoma al injusto de los autores y los cómplices. Por otro lado, si es que se admite la existencia de delitos de infracción de un deber con elementos de dominio, entonces respecto de este componente organizativo es posible una participación del *extraneus* en el delito especial, aunque la pena a imponerle deberá necesariamente atenuarse de manera relevante⁹⁷.

Comparto la posición que sostiene que “la base para definir la autoría y la participación en los delitos especiales debe seguir siendo la de la ‘unidad del título de imputación’. Autor del hecho solamente podrá ser el *intraneus* (funcionario público con el deber funcional específico) quien, en el sentido del verbo rector típico, haya realizado los hechos con ‘dominio el hecho’. Los *extranei* participantes serán siempre partícipes del delito especial, hayan tenido o no el dominio o codominio funcional del hecho. Si el dominio del hecho lo tuvo el *extraneus* y el *intraneus* no, este será partícipe del delito común que haya cometido aquél⁹⁸”.

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, una vez identificados los *extranei* y los

intranei (de acuerdo a la teoría asumida), la principal carga obligatoria del resarcimiento corresponde, en línea de principio al *intraneus*, quien es el que tiene el deber de actuar con probidad, en tanto parte integrante del aparato estatal. La responsabilidad del *extraneus*, siempre en línea de principio y de acuerdo al delito que se tipifique, sin perjuicio que esta sea asumida, hace que se atenúe (no elimine) la obligación del *intraneus*.

VIII. EL INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DE LA REPARACIÓN CIVIL

¿Qué sucedería si, habiéndose decretado la suspensión de la ejecución de la pena, el condenado no paga el monto que le corresponde por reparación civil? El artículo 59 del Código Penal establece lo siguiente:

“Si durante el periodo de suspensión el condenado no cumpliera con las reglas de conducta impuestas o fuera condenado por otro delito, el juez podrá, según los casos:

1. Amonestar al infractor;
2. Prorrogar el periodo de suspensión hasta la mitad del plazo inicialmente fijado. En ningún caso la prórroga acumulada excederá de tres años; o
3. Revocar la suspensión de la pena”.

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado al respecto. Así, en la sentencia del 8 de julio de 2002 (Exp. N° 1428-2002-HC/TC - La Libertad - Ángel Alfonso Troncoso Mejía), expresó, a propósito del cuestionamiento de que el levantamiento de la suspensión contravendría el mandato constitucional de prohibición de prisión por deudas, que:

97 GARCÍA CAVERO, Percy. “La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales”. En: *La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal en el Perú*. Anuario de Derecho Penal 2009, Universidad de Friburgo - PUCP, Suiza-Perú, 2011, pp. 125-126.

98 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. Ob. cit., 57.

“El artículo 2, inciso 24), literal ‘c’, de la Constitución Política del Estado señala, como uno de los contenidos constitucionalmente garantizados de la libertad y seguridad personal, que ‘no hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios’”.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que cuando el literal “c”, del inciso 24), del artículo 2 de la Constitución prohíbe la prisión por deudas, con ello se garantiza que las personas no sufran restricción de su libertad locomotora por el incumplimiento de obligaciones cuyo origen se encuentra en relaciones de orden civil. La única excepción a dicha regla se da como el propio dispositivo constitucional señala, en el caso del incumplimiento de deberes alimentarios, toda vez que están de por medio los derechos a la vida, salud y a la integridad del alimentista, en cuyo caso el juez competente puede ordenar la restricción de la libertad individual del obligado.

Sin embargo, tal precepto constitucional –y la garantía que ella contiene– no se extiende al caso del incumplimiento de pagos que se establezcan en una sentencia condenatoria. En tal supuesto, no es que se privilegie el enriquecimiento del erario nacional o el carácter disuasorio de la pena en desmedro de la libertad individual del condenado, sino, fundamentalmente, la propia eficacia del poder punitivo del Estado y los principios que detrás de ella subyacen, como son el control y regulación de las conductas de acuerdo con ciertos valores y bienes jurídicos que se consideran dignos de ser tutelados.

Este criterio se reiteró en la sentencia del 28 de setiembre de 2011 (Exp. N° 02826-2011-PHC/TC-Cajamarca - Yuri Ibanov Canelo Yudichi a favor de Manuel Robert Hernández Quiroz y otra), en la que se expresó además que:

“La exigencia del pago de la reparación del daño ocasionado por la comisión

del delito, como regla de conducta cuya inobservancia derivaría en la revocación de la suspensión de la pena, tiene asidero en que dicha obligación no es de naturaleza civil, por cuanto, al encontrarse dentro del ámbito del Derecho Penal, constituye una condición para la ejecución de la pena”.

Entonces, el incumplimiento del pago de la reparación civil, en tanto regla de conducta debida del condenado beneficiado con la suspensión de la pena, puede implicar su revocación.

CONCLUSIONES

- a) 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.
- b) El análisis de la responsabilidad penal es independiente y distinto del análisis de la responsabilidad civil, por ello es imperativo efectuarlo.
- c) En los delitos de corrupción el titular del bien jurídico es la Administración Pública o el Estado.
- d) No solo es un imperativo ético, sino también una obligación del empleado público, el ser honesto, a efectos de generar en la colectividad confianza y credibilidad en la Administración Pública: la razón de ser de esta prescripción es la tutela de la identidad institucional del Estado.
- e) La responsabilidad civil derivada de los delitos de corrupción en agravio del Estado, implica –a nivel no patrimonial– un daño a la persona, concretamente: una lesión a su derecho a la identidad. En efecto, lo que el funcionario público lesiona es la “institucionalidad”, entendida como un atributo básico del Estado de Derecho,

en el cual sus órganos y representantes, tienen el deber de actuar en pos del bien común, aplicando las normas imparcialmente y sirviendo a los ciudadanos.

- f) La responsabilidad civil por daño a la identidad del Estado no solo deriva de un delito, sino también de una infracción disciplinaria.
- g) De acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República Nº 27785, del 22 de julio de 2002, la naturaleza de la responsabilidad civil de los funcionarios y empleados públicos por daño al Estado (incluida la derivada de los delitos de corrupción) es contractual.
- h) Si la lesión a la identidad del Estado, proviene de un sujeto cualquiera, la naturaleza de la responsabilidad civil derivada del delito de corrupción en el cual ha incurrido, será extracontractual.
- i) En un escenario en el que los actos de corrupción se convierten en práctica habitual y el particular es también actor, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, se genera una concausa que, de acuerdo al artículo 1326 del Código Civil, genera una redistribución de los costos reparatorios a asumirse: atenuación de responsabilidad contractual del funcionario público frente al Estado, mientras que la diferencia la asume el particular extracontractualmente, siempre frente al Estado.
- j) Se debe tener en cuenta, a efectos de determinar el quantum del daño a la persona del Estado, tres tipologías de factores, que surgen como criterios indispensables para la determinación del resarcimiento que deben ser aplicados de manera coordinada y conjunta y hacen referencia a tres categorías de elementos:
 - i. **Objetivos**, como la gravedad del ilícito cometido, la modalidad de su realización, la eventual reiteración y la

medida de la ventaja conseguida por el dependiente infiel, la entidad de las sumas indebidamente percibidas.

- ii. **Subjetivos**, como la ubicación del sujeto agente en la organización administrativa y su capacidad de representar la administración.
- iii. **Sociales**, como la capacidad exponencial del ente, la relevancia de las funciones desenvueltas, el impacto ocasionado al público del ilícito, la difusión y el relieve dado al ilícito, la afectación social del hecho, en relación a los efectos negativos del mismo, no solo frente a los colegas del funcionario, sino también respecto a la relación de confianza, que es indispensable que exista entre administración financiera y contribuyentes.
- iv. Este tipo de delitos tiene un sujeto activo calificado: el funcionario público, conocido también como *intra-neus*. El *extraneus*, es el sujeto que participa en este delito sin tener este status,
- v. Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, una vez identificados los *extranei* y los *intra-nei* (de acuerdo a la teoría asumida), la principal carga resarcitoria corresponde, en línea de principio al *intra-neus*, quien es el que tiene la obligación de actuar con probidad, en tanto parte integrante del aparato estatal. La responsabilidad del *extraneus*, siempre en línea de principio y de acuerdo al delito que se tipifique, sin perjuicio que esta sea asumida, hace que se atenúe (no elimine) la obligación indemnizatoria del *intra-neus*.
- vi. El incumplimiento del pago de la reparación civil, en tanto regla de conducta debida del condenado beneficiado con la suspensión de la pena, puede implicar su revocación.