

Distr. general
13 de octubre de 2011

Español únicamente

Cuarto período de sesiones

Marrakech (Marruecos), 24 a 28 de octubre de 2011

Tema 2 del programa provisional

Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones

**Unidas contra la Corrupción: penalización y aplicación de
la ley y cooperación internacional**

Corrupción y daño social

Presentado por el Gobierno de Costa Rica


I. Introducción

En su resolución 55/61, de 4 de diciembre de 2000, la Asamblea General reconoció la importancia de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra la corrupción, por lo que decidió emprender la formulación de ese instrumento; y pidió al Secretario General que prepare un informe en el que se analicen todos los instrumentos jurídicos internacionales, otros documentos y recomendaciones pertinentes que se ocupen de la corrupción, considerando, entre otras cosas, las obligaciones concernientes a la tipificación penal de todas las formas de corrupción y la cooperación internacional, así como que constituyera un grupo intergubernamental de expertos de composición abierta para que examinara y preparara un proyecto de mandato para la negociación del futuro instrumento jurídico contra la corrupción.

En su resolución 55/188, de 20 de diciembre de 2000, sobre la “prevención de las prácticas corruptas y la transferencia ilícita de fondos y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen”, la Asamblea General reconoció la necesidad de crear un entorno propicio para los negocios en los planos nacional e internacional a fin de facilitar el crecimiento económico y el desarrollo sostenible de los países en desarrollo; tomó conciencia del importante papel que puede desempeñar el sector privado para promover el crecimiento económico y el desarrollo, así como de la participación activa del sistema de las Naciones Unidas para facilitar la participación constructiva y la interacción ordenada del sector privado en el proceso de desarrollo mediante la adhesión a principios y normas universales, como la honradez, la transparencia y la rendición de cuentas; invitó al

V.11-86372 (S) 131011 131011



Se ruega reciclar 

grupo intergubernamental de expertos de composición abierta a que examinara la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos.

Por recomendación de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, el Consejo Económico y Social aprobó la resolución 2001/13, de 24 de julio de 2001, titulada “fortalecimiento de la cooperación internacional para prevenir y combatir la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluidos el blanqueo de capitales, así como para repatriarlos”; el Consejo Económico y Social expresó su preocupación por el hecho de que los fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción incluyen fondos públicos, cuyo desvío puede amenazar gravemente el progreso económico y político, en particular el de los países en desarrollo; asimismo, el Consejo pidió al Secretario General que preparara, para el Comité Especial, un estudio de alcance mundial sobre la transferencia de fondo de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de corrupción, así como sobre su impacto en el avance económico, social y político, particularmente el de los países en desarrollo, y que incluyera en su estudio ideas innovadoras acerca de medios y arbitrios para posibilitar el acceso por los países afectados a información sobre el paradero de los fondos que les pertenecieran con miras a recuperarlo.

En su resolución 56/186, de 21 de diciembre de 2001, sobre “prevención de las prácticas corruptas y la transferencia de fondos de origen ilícito y lucha contra ellas y repatriación de esos fondos a sus países de origen”, la Asamblea General expresó su preocupación por la gravedad de los problemas que entrañan las prácticas corruptas y las transferencias de los fondos de origen ilícito, que pueden poner en peligro la estabilidad y seguridad de las sociedades, socavar los valores de democracia y moralidad y poner en peligro el desarrollo social, económico y político.

En su resolución 56/260, de 31 de enero de 2002, sobre “mandato para la negociación de un instrumento jurídico internacional contra la corrupción”, la Asamblea General pidió al Comité Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción que al elaborar el proyecto de convención adoptara un criterio amplio y multidisciplinario y tuviera en cuenta varios elementos indicativos, como la acción preventiva y lucha contra la transferencia de fondos de origen ilícito derivados de actos de corrupción, incluido el lavado de activos, así como la repatriación de dichos fondos.

En su resolución 57/169, de 18 de diciembre de 2002, titulada “Conferencia política de alto nivel para la firma de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción”, la Asamblea General invitó a todos los Estados a participar en la conferencia política de alto nivel que tuvo lugar en Mérida (México) con objeto de firmar la Convención y pidió al Secretario general que programara la conferencia por un período de 3 días antes del fin de 2003.

En su resolución 58/4 de 31 de octubre de 2003, titulada “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la Asamblea General aprobó dicho instrumento jurídico internacional.

II. Planteamiento del Problema y sus repercusiones

Durante el cuarto período de sesiones de la Comisión Especial encargado de negociar una convención contra la corrupción, se presentó el “estudio de alcance mundial sobre las transferencia de fondos de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de corrupción”¹.

Dicho estudio reconoció el hecho, ampliamente conocido, de que la corrupción constituye una amenaza para la estabilidad de las sociedades, la instauración y el mantenimiento del estado de derecho y el progreso económico y político. Para que sea válida, toda solución del problema debe entrañar la recuperación de los bienes derivados de la corrupción. La recuperación y restitución de esa riqueza mal habida pueden tener una incidencia notable en los países que se recuperan de situaciones de corrupción y dejan claramente sentado que la comunidad internacional no tolerará ese tipo de comportamiento ilícito.

Al respecto, diferentes organismos especializados de las Naciones Unidas han llevado a cabo investigaciones sobre el impacto de los actos de corrupción en las economías mundiales, particularmente en los países en desarrollo. Esto ha permitido que se desarrollen diferentes programas e iniciativas que contribuyan a valorar el problema desde diferentes perspectivas.

El Banco Mundial (BM), con fundamento en su iniciativa llamada en inglés Stolen Asset Recovery (StAR), y en colaboración, con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), elaboraron el Plan de Acción de StAR², tomando como base de trabajo la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en 2005, el momento histórico que representaron los ataques terroristas de septiembre de 2001 y la lucha posterior en contra del financiamiento del terrorismo y el lavado de dinero, y las acciones que han tomado los mismos países en vías de desarrollo, con la intención de recuperar los activos robados y su deseo de financiar, con los activos que recuperen, los proyectos encaminados a alcanzar las metas de los Objetivos del Milenio.

Es innegable la imposibilidad de contabilizar con precisión las sumas de dinero que son robadas del erario público en base a los actos de corrupción. Debido al alcance de todos los actos ilícitos, las diferentes técnicas y metodologías son insuficientes para establecer una suma específica. Por lo tanto, las estimaciones disponibles deben considerarse como aproximaciones. Se considera que el flujo de fondos financieros relacionados en actos de corrupción representan entre el 2 y el 5% del PIB global, es decir, entre 800 billones y 2 trillones de dólares americanos. Esta suma podría inclusive alcanzar los 3,4 trillones de dólares americanos³. Según la Declaración de Nyanga de 2001, los líderes corruptos de países pobres, principalmente africanos, se habrían apoderado de entre 20 y 40 billones. Se puede decir entonces que de acuerdo con los datos disponibles entre 2001 y 2005, se han desviado 500 billones por concepto de actividades criminales, de 20 a 40 billones por actos de líderes corruptos y 500 billones por evasión de impuestos. Se estima que en África los Estados pierden alrededor de un 25% de su PIB cada año (aproximadamente 148 billones) por diversos actos de corrupción, que incluyen, entre otros, sobornos que van desde funcionarios públicos de bajo nivel hasta importantes contratos públicos, malversación de fondos por parte de líderes políticos, etc.⁴.

Las consecuencias de los actos de corrupción son diferentes, pero siempre de graves consecuencias. Socava los beneficios de la ayuda extranjera, desangra las reservas de divisas, reduce la base imponible, menoscaba la competencia y el libre comercio y acentúa la pobreza. La corrupción, en sus diferentes manifestaciones, se conjuga para entorpecer todo tipo de progreso social, económico o político de un país, en particular de los países en vías de desarrollo y en especial de los países con economía en transición. El daño que se inflige es enorme, tanto en términos absolutos como en términos relativos. Hay evidencia de que Mobutu Sese Seko, ex presidente del antiguo Zaire, robó unos 5 mil millones de dólares americanos del erario público, suma que equivalía a la deuda externa del país en 1997, año en que fue depuesto⁵.

Los esfuerzos realizados por las agencias internacionales, organizaciones de la sociedad civil y los mismos gobiernos, han permitido recuperar activos de enorme valía, no sin antes pasar por tormentosos procesos legales. Esta situación permitió definir a la cooperación internacional en recuperación de activos como uno de los componentes más importantes en las negociaciones que permitieron la adopción de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. A pesar del papel central de la recuperación de activos, la cooperación internacional no se ha limitado a ella, sino que ha buscado nuevos matices e intercambio de mejores prácticas, en procura de crear y difundir nuevas formas de lucha contra la corrupción.

III. Fundamento Jurídico

Aparte de las diferentes disposiciones que contiene la Convención sobre la recuperación de activos producto de los actos de corrupción, quisiéramos enfocarnos en un tema no tan desarrollado en este instrumento pero que merece toda nuestra atención.

El artículo 34 de la Convención establece -en lo que interesa- que cada Estado Parte adoptará medidas para “...eliminar las consecuencias de los actos de corrupción...”. Por su parte, el artículo 35, que versa sobre la indemnización por daños y perjuicios, indica que “...cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, **para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización**”. Además, el artículo 62, referente a otras medidas de aplicación de la Convención mediante el desarrollo económico y la asistencia técnica, inciso 1 dice: “...los Estados Parte adoptarán disposiciones conducentes a la aplicación óptima de la presente Convención en la medida de lo posible, mediante la cooperación internacional, teniendo en cuenta los efectos adversos de la corrupción en la sociedad en general y en el desarrollo sostenible en particular”.

Dentro de este contexto, varios países han definido, de conformidad con su derecho interno, quiénes son las víctimas de los actos de corrupción, que incluyen, entre otros, a personas físicas y jurídicas. Otros, muy pocos todavía, han ampliado esa conceptualización para definir claramente a la sociedad como una de las víctimas. Desde luego, está implícito el hecho de que la sociedad en general siempre se verá afectada financieramente y emocionalmente como consecuencia de los actos de

corrupción; el problema es que se conocen pocos casos donde se haya reconocido el derecho de la sociedad de ser recompensada por los actos de corrupción de sus funcionarios y allegados.

IV. El caso de Costa Rica

Dentro del ordenamiento jurídico costarricense, se ha desarrollado el concepto de “daño social”, el cual tiene su fundamento en el artículo 50 de la Constitución Política, que establece: “(...)Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.” Dicho artículo tutela el derecho de los costarricenses de vivir en un ambiente sano, entendiendo éste, entre otros conceptos, como un ambiente libre de corrupción, de convivencia en paz social, con un bienestar de vida óptimo y, por supuesto, con un buen manejo de la Hacienda Pública. Cualquier violación de alguno de estos contenidos, hace obligatoria la reparación del daño ocasionado, por ser un derecho constitucionalmente garantizado. Vivir en un ambiente libre de corrupción es un “interés difuso” de todos los costarricenses, que atañe a la colectividad en su conjunto y que subyace en cada uno de los habitantes de la República.

“Los intereses difusos” son aquellos cuya titularidad pertenece a grupos de personas no organizadas formalmente pero unidas a partir de una determinada necesidad social, una característica física, su origen étnico, una determinada orientación, etc. En general, son los que pertenecen a una pluralidad de personas, en cuanto son miembros de la sociedad, ligados en virtud de las pretensiones de goce por parte de cada una de ellas. Dichos intereses son parte de una misma prerrogativa y participan con una doble naturaleza, difusos o individuales.

La Sala Constitucional (Tribunal Constitucional) ha enumerado diversos derechos a los que les ha dado el calificativo de “difusos”, tales como el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros⁶. Al respecto, es importante aclarar que los referidos bienes trascienden la esfera tradicionalmente reconocida a los intereses difusos, ya que se refieren en principio a aspectos que afectan a la colectividad nacional y no a grupos particulares de ésta.

El derecho a un ambiente sano tiene un contenido amplio que equivale a la aspiración de mejorar el entorno de vida del ser humano, de manera que desborda los criterios de conservación natural para ubicarse dentro de toda esfera en la que se desarrolle la persona, sea la familiar, la laboral o la del medio en el cual habita. De ahí que se afirme que se trata de un derecho transversal, es decir, que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando sus institutos⁷. Un daño ambiental -por ejemplo- no afecta solamente a los vecinos de una región o a los consumidores de un producto, sino que lesiona o pone en grave riesgo el patrimonio natural de todo el país e incluso de la humanidad; del mismo modo, la defensa del buen manejo que se haga de los fondos públicos autorizados en el Presupuesto de la República es un interés de todos los habitantes de Costa Rica, no tan solo de un grupo cualquiera de ellos.

Aunque el concepto de “daño social” se encuentra en plena conformación y evolución, Costa Rica lo ha adoptado como un tercer género del daño, que supera las tradicionales concepciones del daño material y del incorporal, de tal forma que abarque los intereses difusos de que habla la jurisprudencia constitucional.

Por ser una conducta dañosa, es tal vez mejor entendido desde la óptica negativa, ya que los actos corruptos de los funcionarios públicos contraen el crecimiento económico y quebrantan la fe del ciudadano en los servidores públicos y en la calidad de los servicios. Se promueve, asimismo, un antivicio: la dádiva como práctica cotidiana y tolerada. Esto representa un importante problema en las sociedades modernas, en tanto que produce un deterioro de valores éticos, menoscaba la calidad de vida de los habitantes e incide directamente en la eficacia del Estado. Si bien no se ha conceptualizado expresamente qué ha de entenderse por daño social, éste puede concretarse por medio de su concepto antagónico: el “bienestar social”, referido este último como el conjunto de sentimientos de satisfacción material e inmaterial que producen en las personas y colectividades una serie de condiciones que influyen en la calidad de vida y que no pueden reducirse únicamente al nivel de renta (ingresos económicos), sino que incluye otras dimensiones importantes de la existencia humana como la salud, educación, servicios, infraestructura, vivienda, seguridad, justicia, entorno -entre otros-.

Cuando estas condiciones de bienestar que goza una sociedad son alteradas o sufren un menoscabo, se produce una afectación a los “intereses difusos” que se ven reflejados en el deterioro del bienestar general, produciendo en consecuencia un daño social. Bajo esa tesitura, los actos de corrupción generan un desequilibrio en el bienestar social, teniendo como secuelas la inestabilidad social y política y la obstaculización del crecimiento económico. Se produce además un daño a la democracia, pues, en su sentido estricto, la democracia es una forma de gobierno en la cual las decisiones colectivas son adoptadas por el pueblo mediante mecanismos de participación directa o indirecta que le confieren legitimidad a los representantes y cuyo fin es perseguir el bienestar general de la población en un marco de libertad e igualdad. El uso ilegítimo de la autoridad, mediante el cual un funcionario público o un representante electo se atribuyen poderes que no poseen, o un beneficio indebido, es una trasgresión a la legalidad democrática.

Es pues la corrupción un término contrario al de democracia porque viola una de sus premisas básicas: que en una democracia, el poder está sujeto a la ley. Asimismo, la corrupción quebranta la legitimidad de los gobiernos, al entrar en conflicto los propios intereses del funcionario corrupto, con los intereses de la sociedad y la gestión pública, desencadenando un desequilibrio de autoridad entre las instituciones públicas y entre el Estado y la sociedad civil, deslegitimando al gobierno y desgastando los valores democráticos y la igualdad política. La corrupción no puede escapar a su responsabilidad de ser un factor detonante del aumento de la pobreza, ya que posterga el desarrollo de los pueblos, carga a la comunidad con costos injustos, desacredita a la autoridad y reduce la confianza del colectivo en sus instituciones democráticas. El escepticismo en la justicia se traduce, por ejemplo, en una masiva evasión impositiva y tiene un innegable efecto: un desequilibrio en la distribución de la riqueza y del poder. Además, abona procesos viciados de aprendizaje que van fomentando una cultura perniciosa, de manera tal que se distorsiona la realidad, haciendo aparecer como legítimas conductas que no lo son.

V. Del deber de reparar

El artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece que *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”* Por su parte, el artículo 1045 del Código Civil costarricense dispone: *“Todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia, causa a otro un daño, está obligado a repararlo junto con los perjuicios.”* El Código Civil se refiere al "daño" en un sentido general, sin distinguir entre daño patrimonial, moral o social, ante lo cual debe entenderse que ese artículo prescribe el deber de reparación de todo daño. Cualquier lesión o desventaja en nuestros bienes jurídicos debe ser indemnizado.

No se debe olvidar que la responsabilidad civil es atípica y que el deber de resarcir es consecuencia del daño y no del delito. La antijuridicidad no es un elemento de la responsabilidad civil, incluso se admite la responsabilidad sin culpa (responsabilidad por hecho lícito -responsabilidad objetiva-). Por tal razón, lo que importa es la existencia del daño y su magnitud.

Los supuestos (o presupuestos) de la responsabilidad civil difieren de los de la penal, por ello es equivocado hablar de responsabilidad civil derivada del hecho punible. Un presupuesto de la responsabilidad civil es el daño, atribuible al sujeto responsable por un título de imputación, que no necesariamente tiene que ser la culpa⁸.

El artículo 38 del Código Penal Procesal establece que *“La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.”* Este artículo le otorga a la Procuraduría General de la República (PGR) la potestad exclusiva de intervenir en el proceso penal para ejercer la acción civil por daño social, lo que le permite reclamar el resarcimiento económico por hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.

El daño social del que habla el artículo 38 del Código Procesal Penal, se equipara con el que la doctrina llama “daño moral de carácter colectivo”, donde el afectado ya no es una persona física o jurídica en su carácter individual, sino un grupo o categoría que colectivamente, y por una misma causa global, se ve atacada en derechos o intereses de significancia vital, tales como paz, tranquilidad anímica, libertad individual, integridad física, el honor y los más caros afectos.

Por daño moral colectivo puede entenderse aquella disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a la lesión de intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra de un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva. Está constituido por la lesión al bien en sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga y se fundamenta en el hecho de que se lesiona un bien colectivo en su propia existencia o extensión. La “titularidad” en la pretensión resarcitoria no podría ser nunca individual (enriquecimiento sin causa), sino únicamente grupal o colectiva y siendo por excelencia el Estado el representante supremo de la colectividad, de conformidad con la Ley, le corresponde, en Costa Rica, a la Procuraduría General de la República su representación legal.

VI. Ejemplos de aplicación del principio

En la historia más reciente de Costa Rica, existen dos casos notorios de corrupción. El primero se relaciona a la adjudicación de una licitación de equipo médico finlandés a la Caja Costarricense de Seguro Social, conocido como “caso Finlandia”. El otro se relaciona con la adjudicación de una licitación de telefonía móvil, conocido popularmente como “caso Alcatel”. En ambos casos o causas se reconocieron sumas de dinero como compensación económica por el daño social producido, condenándose a funcionarios públicos, sujetos particulares y personas jurídicas involucradas, al pago de una indemnización pecuniaria.

La sentencia 341-2004 del Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José indica: *“Hechos como los que han sido demostrados en este proceso indudablemente constituyen delitos de corrupción en la función pública, lo que representa un gran problema en nuestra sociedad en tanto se concreta un deterioro de los valores éticos que a su vez tiene consecuencias directas en la eficacia del Estado que debe hacerle frente a esta carga sobre el sistema económico. Cuando un país se ve sometido a actos corruptos de sus funcionarios que tienen repercusión en el exterior, indudablemente eso genera un desprestigio que trae como consecuencia una disminución en la inversión, se disminuye la calidad de los servicios y se fomenta la dádiva como política a seguir para alcanzar la eficiencia. De acuerdo a estudios que se han hecho sobre el impacto en las naciones de la corrupción, se ha establecido que en aquellos lugares donde la corrupción es alta, la inversión desciende hasta un cinco por ciento como mínimo, de manera tal que la tasa de crecimiento económico se reduce en medio punto porcentual, produce el despilfarro debilitándose la economía y la confianza del público en las instituciones, socavándose las instituciones y redistribuyéndose la riqueza y el poder en forma injusta, poniéndose en marcha procesos de aprendizaje que van creando una cultura corrupta, de manera tal que se viene a distorsionar la realidad y se ven como legítimas conductas que no lo son.”*

La sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda y referente al “caso Finlandia”, establece: *“...Motivos por los cuales se ha estimado en esta sentencia, que el efecto nocivo que tiene en la economía nacional, el pago de la comisión ilícita, financiada con fondos provenientes del empréstito concesional otorgado por el Gobierno finlandés, constituye un daño social, cuyo titular es la colectividad nacional en su conjunto, representada, por la Procuraduría General de la República.”* En febrero de 2011, uno de los principales implicados en el caso pagó al Estado costarricense en un solo tracto, la suma aproximada de 4.108 millones de colones (alrededor de 8.200.000 dólares), de los cuales 600.000 dólares fueron por concepto de daño social. Además, en la causa principal del caso también se reconocieron sumas por este concepto y se ordenó el comiso a favor del Estado de un inmueble que había sido adquirido con dinero proveniente del delito investigado.

En relación al “caso Alcatel”, existe un acuerdo de transacción, donde los representantes de la empresa Alcatel-Lucent France cancelaron al Estado costarricense la suma de 10 millones de dólares por concepto de daño social. Sumado a ello, otros imputados reconocieron su responsabilidad en los hechos, devolvieron cantidades importantes de dinero y se sometieron a procesos abreviados, donde fueron condenados.

Es importante anotar que en nuestro país existen otros casos en los que también se han pagado sumas importantes por concepto de daño social. Por ejemplo, en uno relacionado al Instituto Nacional de Aprendizaje, se ha logrado recaudar alrededor de un millón de dólares y se calcula que al día de hoy, en los procesos en los que se ha reclamado el resarcimiento por daño social en la experiencia costarricense puede alcanzar los 22 millones de dólares, suma significativa e importante para un país como Costa Rica. Que cuenta con un PIB per cápita de 11.400 dólares, según estimaciones de 2010.

VII. Consecuencias de la aplicación del principio

Las consecuencias directas del uso del concepto de daño social en estos procesos han sido: 1. Fortalecimiento del estado social y democrático de derecho, al dictarse resoluciones judiciales que reconocen el concepto de daño social y el deber de resarcimiento. 2. Posicionamiento a nivel judicial del daño social que ocasiona la corrupción, producto de sentencias que lo declaran y reconocen o convalidan a nivel judicial a través de acuerdos de transacción. 3. Concordancia con los objetivos y contenidos establecidos en los tratados internacionales sobre la lucha contra la corrupción. 4. Herramienta útil para frenar la comisión de prácticas corruptas en el mundo corporativo. Lo anterior por tres motivos: a) Se valida la aplicación de la norma procesal que regula la responsabilidad de las empresas. En nuestro país, el Código Procesal Penal establece que las personas jurídicas son responsables solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios. Se pone de manifiesto la necesidad de superar el aforismo “*societas delinquere non potest*”. b) Se reduce la concepción de impunidad al existir casos judiciales donde empresas privadas son condenadas a cancelar sumas importantes de dinero por concepto de daño social ocasionado. c) Es un elemento disuasivo y se perciben los efectos negativos para las empresas o corporaciones condenadas a cancelar montos por concepto de daño social, tales como la formación de una mala imagen para la persona jurídica, lo cual se ve reflejado en la reducción de sus ingresos, renuncia de personal valioso y pérdida de credibilidad; afecta su patrimonio, debido al pago de una indemnización y repercute negativamente en el precio de sus acciones.

La jurisprudencia costarricense apoya la tesis de que si las empresas son parte del problema, deben ser también parte de la solución. En muchos casos sería incorrecto culpabilizar solo al funcionario público ímprobo. No se debe olvidar que a todo corrupto público le corresponde un corruptor privado y no puede dejarse de lado que, en la mayoría de los casos, a todo corrupto internacional le corresponde un corrupto nacional. La ética pública es inseparable de la ética privada; no se puede suponer que en una misma persona concurren las facetas de un corrupto público y un honesto privado, así como tampoco es posible encontrar en alguien un honesto público y un corrupto privado. Quien es honesto o corrupto en una dimensión, lo es también en la otra.

Es natural que la aplicación de este principio haya presentado dificultades de distinta índole, dentro de las cuales se pueden enumerar la verificación y cuantificación del daño social por parte del Juzgador. Tanto en la constatación como en la cuantificación del daño social, priva en Costa Rica para el juez, el sistema de apreciación o valoración de la prueba, denominado: sana crítica. Ello implica un proceso interno de convicción del juzgador, quien debe realizarlo de manera

razonada, crítica y lógica; es decir, debe considerar en sus resoluciones las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología. Para verificar y cuantificar el daño social en los procesos penales citados, se utilizó prueba testimonial y documental (encuestas realizadas a nivel nacional sobre la existencia del daño social y su cuantificación patrimonial). En este último tipo de prueba, se consideró como daño social la afectación a la actividad económica del país, la pérdida de confianza en las instituciones públicas, en los partidos políticos y en los mismos políticos. La afectación al régimen democrático, el desprestigio sufrido por el país a nivel internacional y el daño en general al bienestar social. Se presentaron asimismo dificultades prácticas, las cuales fueron también un obstáculo importante. Por ejemplo, en uno de los procesos judiciales las encuestas no fueron admitidas como prueba; además, no existen peritos calificados en la temática. La cultura jurídica de los juzgadores no contempla este tema como parte de la condena y como consecuencia de lo anterior, el monto obtenido en el “caso Finlandia” fue muy inferior a lo reclamado.

VIII. Propuesta de acción

El Gobierno de Costa Rica, con fundamento en su compromiso en la lucha contra la corrupción y todas sus manifestaciones; y considerando la importancia de compartir su experiencia en materia de resarcimiento en este tipo de casos, considera que es de gran interés propiciar la discusión en este sentido. Luego de la exposición de las particularidades legales y prácticas del concepto de daño social y sus diferentes impactos, creemos en la necesidad de discutir la dimensión del término, de tal forma que se reconozca primero la existencia de un daño social por actos de corrupción y que luego se le dé el alcance necesario que permita un tratamiento integral que contribuya a la comprensión y cuantificación de sus efectos. Es importante que se considere también la posibilidad de desarrollar un “modelo tipo” de legislación, a efecto de que el principio sea incorporado y reconocido en los convenios internacionales. Quizá el mayor reto será legislar a lo interno de cada país, en torno al tema del daño social que ocasiona la corrupción y el correlativo deber de reparar o resarcir el mismo. Para ello, Costa Rica está en la mejor de las disposiciones de colaborar con los países que así lo soliciten.

Es importante recalcar que el principio de daño social no es sinónimo a la recuperación de activos, sino que son elementos complementarios dentro de los esfuerzos de lucha contra la corrupción. Es una medida que busca eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, tal y como lo establece el artículo 34 de la Convención.

Una cosa es cierta; la fortaleza que le atribuyamos a nuestro enemigo que es la corrupción, está directamente relacionada a nuestra debilidad para enfrentarla. Todas las sociedades, sin excepción, debemos tomar conciencia de que nuestras instituciones han sido el blanco de saqueos en diferentes grados y dimensiones; y que el Estado, en muchas ocasiones, se ha convertido en una agencia de aseguramiento de privilegios consolidados. Es indispensable crear conciencia común, razón por la cual es imprescindible unir esfuerzos. Monseñor Oscar Rodríguez Maradiaga aseguraba que la corrupción de la verdad y la corrupción del poder actúan para no ver; cerrar los ojos es el mecanismo más utilizado por los que creyéndose honestos son sus más eficaces auxiliadores. La estatua de la justicia

tiene los ojos vendados y la realidad de la injusticia también los cierra para posar de justa, pero, como bien pedían y expresaron escultóricamente los ciudadanos de Bremen, en tiempos de crisis es necesario que la justicia se quite la venda de los ojos para que mire de frente a sus detractores, es necesario que nuestra justicia vea.

Ronald Víquez
Procurador de la Ética
Pública
Procuraduría General
De la República
San José, Costa Rica
Ronaldvs@pgr.go.cr
Tel: (506) 22 48 83 35

William Calvo
Representante Alterno
Misión Permanente de Costa Rica
ante los Organismos
Internacionales con sede en
Austria
misionaustria_costa.rica@chello.at
Tel: (43) 12633824

Notas

- ¹ Véase “Estudio de alcance mundial sobre la transferencia de fondos de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de Corrupción”. En: http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_4/12s.pdf.
- ² Véase “Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan”. En: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>.
- ³ Todas las sumas son proyectadas en esta moneda internacional.
- ⁴ Véase “Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan”. En: <http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>.
- ⁵ Véase “Estudio de alcance mundial sobre la transferencia de fondos de origen ilícito, en especial de los derivados de actos de Corrupción”. En: http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_4/12s.pdf.
- ⁶ Sentencia 8239-01 de la Sala Constitucional.
- ⁷ Sentencia 2000-00041 de la Sala Constitucional.
- ⁸ Véase Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad Civil, op. cit., págs. 68 a 71. Este es el criterio que ha sostenido el Tribunal de Casación en numerosos fallos, especialmente luego del voto 481-98 (Llobet Rodríguez, Javier. El proceso penal en la jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, T. I, 2001, págs. 201 y 202). Sobre ello indica Juan Marcos Rivero Sánchez: *“La circunstancia de que el hecho no sea típico (en el sentido de estar previsto expresamente en la ley como supuesto de responsabilidad civil), no lleva necesariamente a la conclusión de que no hay responsabilidad civil, pues, por definición, la responsabilidad civil extracontractual se rige por el principio de atipicidad”* (Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad civil, pág. 56). Agrega luego: *“... desde la perspectiva del derecho civil, para que surja el deber de resarcir, lo importante es que se haya ocasionado un daño a una persona que no tiene por qué soportarlo, de manera duradera”* (Rivero Sánchez, Juan Marcos, op. cit., pág. 62).