

20 August 2012

English and Spanish only

---

**Open-ended Intergovernmental Working Group  
on the Prevention of Corruption**

**Third meeting**

Vienna, 27-29 August 2012

**Open-ended Intergovernmental Working Group  
on Asset Recovery**

**Sixth meeting**

Vienna, 30-31 August 2012

**Communication dated 20 August 2012 from the Permanent Mission of Costa Rica to the United Nations in Vienna requesting the United Nations Office on Drugs and Crime to include the updated version of the document entitled “Corruption and social damage”<sup>1</sup> as part of the working documents of the Open-ended Intergovernmental Working Group on the Prevention of Corruption and the Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery**

---

<sup>1</sup> CAC/COSP/2011/CRP.6.



## **Corruption and social damage**

### **Presented by the Government of Costa Rica**

#### **I. Introduction**

1. In its resolution 55/61 of 4 December 2000, the General Assembly recognized the importance of having an effective international legal instrument against corruption and then decided to begin the development of such an instrument. It requested the Secretary-General to convene a report to analyse all international legal instruments as well as other documents and pertinent recommendations regarding corruption, considering among other things, the obligations related to criminalization of all forms of corruption and international cooperation. It also requested to convene an intergovernmental open-ended expert group to examine and prepare draft terms of reference for the negotiation of the future legal instrument against corruption.

2. In its resolution 55/188 of 20 December 2000, on “preventing and combating corrupt practices and illegal transfer of funds and repatriation of such funds to the countries of origin”, the General Assembly recognized the need to create an enabling environment for business in national and international levels to facilitate economic growth and sustainable development in developing countries. It became aware of the important role that could play the private sector in promoting economic growth and development. As well as the active enrolment of the United Nations system to facilitate the constructive participation and orderly interaction of the private sector in the development process by adhering to universal principles and standards such as honesty, transparency and accountability; invited the intergovernmental open-ended expert group to examine the question of illegally transferred funds and the repatriation of such funds.

3. By recommendation of the Commission on Crime Prevention and Criminal Justice, the Economic and Social Council adopted the resolution 2001/13 of 24 July 2001, on “strengthening international cooperation in preventing and combating the transfer of funds of illicit origin, derived from acts of corruption, including the laundering of funds, and in returning such funds”. The Council requested the Secretary-General to prepare for the Ad Hoc Committee, a global study on the transfer of funds of illicit origin, especially funds derived from acts of corruption, and the impact on economic, social and political progress, in particular in developing countries. The Secretary-General should include in his study innovative ideas regarding appropriate ways and means of enabling the States concerned to obtain access to information on the whereabouts of funds belonging to them and to recover such funds.

4. In its resolution 56/186 of 21 December 2001, on “preventing and combating corrupt practices and transfer of funds of illicit origin and returning such funds to the countries of origin”, the General Assembly expressed its concern about the seriousness of the problems posed by corrupt practices and transfers of funds of illicit origin. This may endanger the stability and security of societies, undermine the values of democracy and morality and jeopardize social, economic and political development.

5. In its resolution 56/260 of 31 January 2002, on “terms of reference for the negotiation of an international legal instrument against corruption”, the General Assembly requested the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption, in developing the draft convention, to adopt a comprehensive and multidisciplinary approach and to consider a series of indicative elements, among which were preventing and combating the transfer of funds of illicit origin derived from acts of corruption, including the laundering of funds and returning such funds.

6. In its resolution 57/169 of 18 December 2002 on “high-level political conference for the purpose of signing the United Nations convention against corruption”, the General Assembly invited all States to participate in the high-level political conference held in Mérida (Mexico) with the intention of signing the convention and requested the Secretary-General to organize such conference to last 3 days, before the end of 2003.

7. In its resolution 58/4 of 31 October 2003 on “United Nations Convention against Corruption”, the General Assembly approved such international legal instrument.

## **II. Approaching the problem and its repercussions**

8. During its fourth session the Ad Hoc Committee for the Negotiation of a Convention against Corruption presented the “Global study on the transfer of funds of illicit origin, especially funds derived from acts of corruption”.<sup>1</sup>

9. The study acknowledged the fact widely known that corruption constitutes a threat to the stability of societies, the establishment and maintenance of the rule of law and economic and political progress. To be valid, all solutions to the problem must involve the recovery of property derived from corruption. Recovery and restitution of such illegally acquired wealth could have a dramatic effect on countries emerging from corrupting situations and make it clear that the international community will not tolerate this kind of behaviour.

10. In this regard, different specialized agencies of the United Nations conducted research on the impact of corruption on the economies worldwide, particularly in developing countries. This has allowed the development of programmes and initiatives to help understand the problem from different perspectives.

11. The World Bank, based on the initiative so-called Stolen Asset Recovery (StAR), in collaboration with the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC) prepared the Plan of Action StAR,<sup>2</sup> working on the base of the coming into force of the United Nations Convention against Corruption in 2005, the historic momentum of the terrorist attacks of September 2001 and the subsequent fight against financing terrorism and money-laundering. In addition, actions were undertaken by the same developing countries, with the intention of recovering stolen assets and their desire to finance, with those recovered assets, projects aimed to achieve the Millennium Development Goals.

12. There is no denying the inability to accurately account the sums of money stolen from public funds due to corruption. Because of the scope of all illicit acts, current techniques and methodologies are insufficient to establish a specific amount.

Therefore, available estimations have to be considered as approximations. It is considered that the flow of funds related to corruption represent between 2 and 5 per cent of Global GDP, i.e. between 800 billion and 2 trillion U.S. dollars. This sum could even reach 3.4 trillion.<sup>3</sup> According to the Nyanga Declaration of 2001, corrupt leaders from poor countries, mainly Africa, would have seized between 20 and 40 billion. It can be said that according to available data, between 2001 and 2005, 500 billion have been diverted by criminal activities, 20 to 40 billion for acts of corrupt leaders and 500 billion for tax evasion. It is estimated that in Africa alone, States lose about 25 per cent of its GDP every year (around 148 billion) for various acts of corruption, including, but not limited to bribes ranging from low-level civil servants to major public contracts, embezzlement of funds by political leaders, etc.<sup>4</sup>

13. The consequences of corruption are different, but always with serious outcomes. It undermines the benefits of foreign aid, loots foreign exchange reserves, reduces tax base, subverts competition and free trade and deepens poverty. Corruption, in its different forms, hinders any kind of social, economic or political progress, particularly in developing countries and countries with economies in transition. The damage inflicted is enormous, both in absolute and relative terms. There is evidence that Mobutu Sese Seko, ex-President of former Zaire, stole about 5 billion out of public funds, a sum equivalent to the country's external debt in 1997, the year he was overthrown.<sup>5</sup>

14. Efforts made by international agencies, civil society and governments themselves, have helped enormously to recover worth assets without going through stormy legal proceedings. This situation allowed the international cooperation to define asset recovery as one of the most important components in the negotiations that led to the adoption of the United Nations Convention against Corruption. Despite the central role of asset recovery, international cooperation is not limited to it, seeking new meanings and exchange of best practices, aiming to create and disseminate new ways of combating corruption.

### III. Legal basis

15. Apart from the provisions contained in the Convention on recovery of assets stolen through acts of corruption, we would like to focus on a subject not very developed in this instrument but that deserves all our attention.

16. Article 34 of the Convention says — in what matters — that each State Party shall take measures to “... *address consequences of corruption* ...”. Article 35 on compensation for damage, indicates that “... *each State Party shall take such measures as may be necessary, in accordance with principles of its domestic law, to ensure that entities or persons who have suffered damage as a result of an act of corruption have the right to initiate legal proceedings against those responsible for that damage in order to obtain compensation*”. Besides, Article 62 on other measures: implementation of the Convention through economic development and technical assistance, paragraph 1 says “... *States Parties shall take measures conducive to the optimal implementation of this Convention to the extent possible, through international cooperation, taking into account the negative effects of corruption on society in general, in particular on sustainable development*”.

17. Within this context, several countries have defined, in accordance with their domestic law, who are the victims of corruption, including, among others, individuals and legal entities. Others, still very few, have extended this conceptualization to include the society as one of the victims. Of course, this implies the fact that society will always be financially and emotionally affected as a result of acts of corruption. The problem is that there are few known cases where the right of the society to be rewarded for acts of corruption of their public servants and relatives has been recognized.

#### **IV. The case of Costa Rica**

18. The Costa Rican legal system has developed the concept of “social damage”, which is based on Article 50 of the Political Constitution that says: “(...) *Every person has the right to a healthy and ecologically balanced environment, being therefore entitled to denounce any acts that may infringe said right and claim redress for the damage caused. The State shall guarantee, defend and preserve that right. The Law shall establish the appropriate responsibilities and penalties*”. The article protects the right of all Costa Ricans to live in a healthy environment, understanding this as an environment free of corruption, coexistence in social peace, with an adequate level of living and of course, good management of public finances. Any violation to any of these conditions makes it necessary to repair the damage caused. This is so, because it is a right constitutionally granted. Living in an environment free of corruption is a “diffused interest” of all Costa Ricans that affect the collective as a whole and on each individual citizen of the Republic.

19. “Diffused interests” are those which belong to groups not formally organized but united from a specific social need, a physical characteristic, ethnic origin or a particular orientation, etc. In general, they belong to a group of people as members of the society, linked by virtue of their desire of enjoyment from each of them. These interests are part of the same prerogative and have a dual nature, undefined and individual.

20. The Constitutional Court has listed various rights to which have been given the title of “undefined”, such as the environment, cultural heritage, the defence of territorial integrity and good management of public finances, among others.<sup>6</sup> In this regard, it is important to clarify that those rights transcend the traditionally known sphere of undefined interests as they refer to aspects that affect the national community and not to any particular group.

21. The right to a healthy environment has a large content equivalent to the aspiration of improving human life. In that sense, it will be fundamental in all fields of human interaction. That is why it is considered a cross-cutting right, i.e. moving throughout the legal system, modelling and reinterpreting their institutes.<sup>7</sup> Environmental damage, for instance, not only affects the residents of a region or consumers of a product, but could jeopardize the natural heritage around the country and even of humanity; besides, good management of public finances is an interest of all inhabitants and not only of a particular group of them.

22. Although the concept of “social damage” is shaping and evolving, Costa Rica has adopted it as a third kind of damage. This overcomes the traditional conceptions

of material and incorporeal damage, covering so, undefined interests that are mentioned by the jurisprudence.

23. As a harmful behaviour, it is perhaps best understood from a negative standpoint because corrupt acts of public officials shrink economic growth and breaks citizens' faith in public servants and the quality of their services. An anti-value is then promoted, handing out as a normal tolerated practice. This represents a major problem in modern societies because it produces a deterioration of ethical values, undermines the quality of life of people and it is detrimental to the effectiveness of the State. Although it has not been completely conceptualized what social damage is, this can be understood through its antagonistic concept, "social welfare". The latter referred as the set of feelings of tangible and intangible satisfaction that produce on people or group of people, conditions that influence their quality of life and which cannot be reduced exclusively to economic incomes, but includes other important dimensions of human existence such as health, education, services, infrastructure, housing, security, justice, environment, among others.

24. When these conditions being enjoyed by a society are affected or having an impairment, there is an affectation to "undefined interests" that is reflected in the deterioration of general welfare, thus causing social damage. Under this frame of mind, corruption creates an imbalance in social welfare, with the consequences of social and political instability, hampering economic growth. Damage occurs in addition to democracy cause in the strict sense; democracy is a form of government in which collective decisions are taken by the people through participatory mechanisms that directly or indirectly confer legitimacy to representatives. Its final goal is to pursue general welfare of the population in a context of freedom and equality. The illegitimate use of authority by which a public official or elected representative is attributed powers they do not possess is a transgression to democratic legality.

25. Corruption is a term contrary to democracy because it violates one of its basic premises: in democracy, power is subject to law. Corruption undermines the legitimacy of governments when enters in conflict with public servants interests along with the interests of the society and good governance. It not only delegitimizes governments but erodes democratic values and political equality. Corruption cannot escape its responsibility of being a trigger of the increase of poverty because it delays development, burdens communities with unfair costs, discredits the authority and reduces collective confidence in democratic institutions. Scepticism in justice results in, for instance, massive tax evasion and has an undeniable effect: an imbalance in distribution of wealth and power. Furthermore, it creates false learning processes that foster a pernicious culture in such way that distorts the truth, making appear as legitimate behaviours that are not so.

## V. Duty of Repair

26. Article 41 of the Political Constitution states "*... everyone shall receive reparation for injuries or damages to himself or his property, or moral interests, through recourse to the laws. Justice must be prompt, enforced, not denied, and in strict accordance with the laws*". For its part, Article 1045 of the Civil Code says

“... everyone who by fraud, fault, negligence or recklessness, causes damage to another, is obliged to repair the harm ...”. The Civil Code refers to “damage” in a general sense, without distinguishing between properties, moral or social damage, to which it must be understood that this section refers to the duty of repair for all kind of damages. Any injury or legal disadvantage in our property should be compensated.

27. Do not forget that civil liability is atypical and the duty to compensate is a consequence of the damage and not of the offense itself. Unlawfulness is not an element of civil liability; it even allowed liability without fault (liability for legal facts — strict liability). For this reason, what matters is the existence and magnitude of the damage.

28. The assumptions (or presumptions) of liability differ from those of the criminal law, so it is wrong to speak about civil liability derived from the offense. A presumption of civil liability is damage; attributable to the person responsible of a imputable title which does not necessarily has to be the fault.<sup>8</sup>

29. Article 38 of the Code of Criminal Procedures states that “... a civil action may be exercise by the Attorney-General Office (*Procuraduría General de la República-PGR*), in the case of offenses that involve collective or undefined interests ...”. This article gives the PGR the exclusive legal authority to intervene in criminal proceedings to exercise civil actions for social damages, allowing the office to place economic compensations due to offenses involving collective or undefined interests.

30. The social damage mentioned in Article 38 of the Code of Criminal Procedures, is equated to what doctrine calls “collective moral damage” where the victim is no longer a natural or legal person in its individual dimension but as part of a group. This collectivity is affected on rights or interests of vital significance, such as, peace, tranquillity, individual liberty, physical integrity, honour and the highest affection.

31. Collective moral damage can be understood as the decrease in psychical and spiritual tranquillity which is experienced by the community as a whole, equivalent to the injury of non-property collective interests, caused by damage against a property classified as of common or collective nature. It consists in the injury to the good/asset itself, regardless what consequences it has. It is based on the fact that a collective good/asset is affected on its own existence or extent. The “ownership” in the claim for damages could never be individual (unjust enrichment), but only collective. And being the State the supreme representative of the community, in accordance with Costa Rican law, the Attorney-General Office will have the legal representation.

32. The response to this proposal from the various relevant international organizations has been positive as they consider it as an innovation that will allow the compensation of the damage caused. Recently, the Conference of Ministers of Justice of the Iberoamerican Countries (COMJIB) in the seminar held in Madrid this September, agreed to embrace the Costa Rican initiative to generate a concept regarding social damage. As a first treatment of the issue they considered social damage to be: “any undermining, affectation, detriment, diminishing or loss of social welfare (within the right to live in a healthy environment) caused by a corruption act upon a group of individuals — not on the State — when a material or

immaterial damage is inflicted on the collective or diffused interests and from which results the obligation to repair.” In addition, they recommended to establish a model legislation.

## VI. Examples of application of the principle

33. In Costa Rican recent history there were two notorious cases of corruption. The first relates to the awarding to a tender of medical equipment from Finland to the Social Security Institute, known as the “Finland case”. The other relates to the awarding of a tender for mobile telephony, popularly known as the “Alcatel case.” In both cases were recognized compensations for the social damage caused by public officials, private individuals and companies.

34. Sentence 341-2004 of the Criminal Court of the Second Judicial Circuit of San Jose says: *“Such acts that have been demonstrated in this process are undoubtedly acts of corruption in public administration, which is a major problem in our society as it is a concrete deterioration of ethical values that have a direct impact on the effectiveness of the state which must cope with this burden on the economic system. When a country is subjected to acts of corruption of officials that have an impact on the outside, it certainly generates a smear result in a decrease of investment; it reduces the quality of services and encourages handing out as a policy to follow to reach efficiency. According to studies about corruption’s impact on nations, it has been established that in places where corruption is high, investment drops by five percent as a minimum, so growth rates get reduced in half point; it produces wastage weakening the economy and public confidence in institutions, undermining such institutions and redistributing wealth and power unfairly, starting learning processes that create a corrupt culture so that it is to distort reality and are seen as legitimate behaviors that are not, so.”*

35. Sentence 370-2009 of the Criminal Court of Finance concerning the “Finland case”, states: *“... Reasons why it has been considered in this sentence, the deleterious effect it has on the national economy, the payment of unlawful commission, financed with funds from the concessional loan granted by the Finnish Government represents a social damage whose holder is the national collectivity as a whole, represented by the Attorney-General of the Republic.”* In February 2011, one of the defendants paid to the State of Costa Rica, in a single tract, 4,108 million colons (about USD 8,200,000), of which 600,000 were for the concept of social damage. Furthermore, in the main file of the case were also recognized payments for social damage and it was ordered the confiscation of a building purchased with money from the crime.

36. In relation to the “Alcatel case,” there is a settlement agreement, where representatives of Alcatel-Lucent France cancelled to the State of Costa Rica 10 million dollars for social damage. Added to this, other defendants recognized their responsibility and returned significant amounts of money then agreed to summary proceedings, where they were convicted.

37. It is important to acknowledge that there are other cases where there have been payments for social damage. For example, in one related to the National Training Institute (INA) was paid about 1 million and it is estimated that today, in Costa Rica



has been possible to get 22 million, a significant amount for a country whose GDP per capita is USD 11,400.

## VII. Consequences of applying the principle

38. Direct consequences of using the concept of social damage in these processes have been: (1) strengthening social and democratic State of law, when dictating court resolutions that recognize the concept of social damage and duty to compensate; (2) Placing social damage caused by corruption at the judicial level, as a result of the ruling that recognizes it or validates it through settlement agreements; (3) Consistency with objectives and contents established in international legal instruments against corruption; (4) Useful instrument to stop the commission of corrupt practices in the corporate world. This is for three reasons: (a) Validation of the procedural norm that regulates companies' liability. Costa Rica's Code of Criminal Procedures stipulates that legal entities are jointly liable along with the authors of the offense, to the payment of damages. It highlights the need to overcome the aphorism "*societas delinquere non potest*"; (b) Reduction on the conception of impunity by the existing court decisions where private companies are condemned to cancel large sums of money as a result of social damage; (c) Dissuasive element that helps project the negative effects for companies or corporations condemned for social damage. These consequences could be a bad corporate image which could help losing income levels, loss of credibility, resignation of valuable staff; it affects patrimony due to the payment of compensations and consequences in stock price.

39. Costa Rican jurisprudence supports the theory that if companies are part of the problem, they must be part of the solution. In many cases, it would be wrong to blame only the public official. Let's not forget that all public corrupt is complicit to a private corrupt and in most cases all international corrupt is complicit to a national corrupt. Public ethics are inseparable from private ethics; it cannot be assumed that a single person is both a public honest and a private corrupt. Who is honest or corrupt in one dimension, it is also in the other.

40. Application of this principle has presented difficulties of various kinds, among which we can enumerate the verification and quantification of social damage by the judge. According to Costa Rican procedures, in both, observation and quantification of social damage, the judge favours the system of assessment or evaluation of evidence called "sound judgement". This implicates an internal process of conviction of the judge, who must do it in a reasonable, critical and logical way, which means the judge should consider rules of logic, experience and psychology. To verify and quantify social damage in the criminal proceedings cited, it was used testimony and documentary evidence (national surveys on the existence of social damage and its quantification). In this last type of evidence, it was considered as social damage, the effects on national economy, loss of confidence in public institutions, political parties and politicians; repercussion in the democratic system, discredit suffered by the country internationally and damage to social welfare in general. There were also practical difficulties, which were also a major obstacle. For instance, in one judicial process surveys were not admitted, in addition, there are no qualified experts in this subject matter. Judges' legal culture did not include social

damage as part of the sentence and as a result, the amount obtained in the “Finland case” was much lower than claimed.

## VIII. Proposal for action

41. The Government of Costa Rica, based on its commitment on fighting corruption in all its manifestations and considering the importance of sharing its experience in compensation and redress in such cases, considers of great interest to foster discussion in this regard. After exposing legal and practical considerations of social damage and its various impacts, we believe in the need to discuss the scope of the term, in order to recognize the existence of social damage caused by acts of corruption and give a comprehensive treatment to its study. It is important to contemplate the possibility of developing a “model type” of legislation to assess the recognition of the principle in international instruments. Perhaps the biggest challenge will be to legislate domestically and for this reason, Costa Rica is eager to collaborate with all interested countries.

42. It is important to clarify that social damage is not synonymous to recovery of assets; however, both are complementary in the fight against corruption. It is a measure that seeks to eliminate the consequences of corruption, as indicated in Article 34 of the Convention.

43. One thing is certain: the strength that we attribute to our enemy, corruption, is directly linked to our weakness to face it. All societies, without exception, must realize that our institutions have been the target of looting in various degrees and dimensions, and then the State has become an agency of consolidated privileges. It is essential to join forces in common awareness.

Miguel H. Cortés Chaves  
Attorney-General for Ethics  
Attorney-General Office  
San José, Costa Rica  
miguelcc@pgr.go.cr  
Tel: (506) 22 48 83 35

William Calvo  
Alternate Representative  
Permanent Mission of Costa Rica  
To the International Organizations  
based in Austria  
misionaustria\_costa.rica@chello.at  
Tel: (43) 12633824

## Reference

1. Global study on the transfer of funds of illicit origin, especially funds derived from acts of corruption, 2003 ([www.unodc.org/pdf/crime/convention\\_corruption/session\\_4/12e.pdf](http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_4/12e.pdf)).
2. Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan, 2007 (<http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>).
3. All sums are given in U.S. Dollars.

4. Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan, 2007 (<http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf>).
5. Global study on the transfer of funds of illicit origin, especially funds derived from acts of corruption, 2003 ([https://www.unodc.org/pdf/crime/convention\\_corruption/session\\_4/12e.pdf](https://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/session_4/12e.pdf)).
6. Sentence 8239-01 of the Constitutional Tribunal.
7. Sentence 2000-00041 of the Constitutional Tribunal.
8. Cf. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad Civil, op. cit., pgs 56 to 71. Llobet Rodríguez, Javier. El proceso penal en la jurisprudencia. San José, Editorial Jurídica Continental, T. I, 2001, pgs 201 and 202.

## Corrupción y Daño Social

### I. Introducción

1. 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.

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

3. 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 externó 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.

4. 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 externó 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;

5. 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.

6. 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.

7. 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

8. 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”.<sup>1</sup>

9. 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.

10. 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.

11. 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 las Drogas y el Delito (ONUDD), elaboraron el Plan de Acción de StAR,<sup>2</sup> 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.

12. 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 5 por ciento del PIB global, es decir, entre 800 billones a 2 trillones de dólares americanos. Esta suma podría inclusive alcanzar los 3,4 trillones de dólares americanos.<sup>3</sup> Según la Declaración de Nyanga de 2001, los líderes corruptos de países pobres, principalmente africanos, se habrían apoderado de entre 20 a 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 por ciento 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, malversión de fondos por parte de líderes políticos, etc.<sup>4</sup>

13. 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 conjugan 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 depuesto.<sup>5</sup>

14. 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

15. 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.

16. 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 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*”.

17. 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

18. 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.

19. “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.

20. 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 otros.<sup>4</sup> 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.

21. 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 institutos.<sup>5</sup> 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.

22. 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 incorporeal, de tal forma que abarque los intereses difusos de que habla la jurisprudencia constitucional.

23. 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.

24. 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 el 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.

25. 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 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

26. 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 hacerseles 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.

27. 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.

28. 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 culpa.<sup>6</sup>

29. El artículo 38 del Código Penal Procesal establece que la “*La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la Republica, 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.

30. 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 lo 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.

31. 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.

32. La respuesta de las diferentes organizaciones internacionales interesadas en el tema ha sido positiva, porque consideran que se trata de una innovación que permitirá indemnizar el daño causado. Recientemente, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) en jornadas iberoamericanas en Madrid en Septiembre pasado, acordó rescatar la propuesta de Costa Rica para generar un concepto sobre el daño social. Como un primer acercamiento al tema consideraron que el daño social sería: “aquel menoscabo, afectación, detrimento, disminución o pérdida del bienestar social (dentro del contexto del derecho a vivir en un ambiente sano) ocasionado por un hecho de corrupción el cual sufre injustificadamente una pluralidad de individuos — no el Estado — al producirse una afeción material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos y ante el cual surge el deber de reparar”, asimismo recomendaron establecer un modelo tipo de legislación.

## VI. Ejemplos de aplicación del principio

33. 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.

34. 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.”*

35. 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 millones con 200 mil dólares), de los cuales 600 mil 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.

36. 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.

37. 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

38. 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.

39. 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 impropio. 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. Quién es honesto o corrupto en una dimensión, lo es también en la otra.

40. 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

41. 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.

42. 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.

43. 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.

Miguel H. Cortés Chaves  
Attorney-General for Ethics  
Attorney-General Office  
San José, Costa Rica  
miguelcc@pgr.go.cr  
Tel: (506) 22 48 83 35

William Calvo  
Alternate Representative  
Permanent Mission of Costa Rica  
To the International Organizations  
based in 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: [www.unodc.org/pdf/crime/convention\\_corruption/session\\_4/12s.pdf](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: [www.unodc.org/pdf/crime/convention\\_corruption/session\\_4/12s.pdf](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., pp.68-71. 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, pp. 201-202). 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, p. 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., p. 62).