## lunes, 20 de febrero de 2017

### ESTUDIOS LATINOS E IBEROAMERICANOS: CORRUPCION Y DAÑO SOCIAL

[ESTUDIOS LATINOS E IBEROAMERICANOS: CORRUPCION Y DAÑO SOCIAL](http://estslatinoeiberoamsubeferroilardo.blogspot.com/2012/12/corrupcion-y-dano-social.html?spref=bl): Por Ronald Víquez, Procurador de la Ética Pública Procuraduría General de la República de Costa Rica Autoridad Central UNCAC A man...

ESTUDIOS LATINOS E IBEROAMERICANOS (SBFI)

A. Planteamiento del problema y sus repercusiones

La
corrupción constituye una amenaza para la estabilidad de las
sociedades, la instauración, el mantenimiento del Estado de Derecho y el
progreso económico y político. Para que sea válida, toda solución a
este problema debe entrañar, no solo la recuperación de los bienes
derivados de la corrupción, sino además la efectiva indemnización de sus
efectos. La recuperación de esa riqueza mal habida y la restitución del
daño social provocado 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.

En
conclusión: Los actos y conductas corruptas atentan contra el
desarrollo social de los ciudadanos lo cual afecta su bienestar social,
por lo tanto, lesiona intereses difusos, es decir, aquellos de
naturaleza dual, tanto por afectar al individuo como a la colectividad,
de la cual es parte. De esta forma, surge el deber de reparar lo causado
y de obtener una indemnización.

A
pesar del papel central que se le ha venido otorgando a la recuperación
de activos producto de los actos de corrupción, la cooperación
internacional no se ha limitado a ella, sino que ha buscado

9
nuevos matices y el intercambio de mejores prácticas, en procura de
crear y difundir nuevas formas de lucha contra la corrupción y es en ese
sentido que presentamos esta propuesta.

Se
puede comprender el problema y la necesidad en la conceptualización del
tema, a efecto de precisar su contenido y sus alcances para lograr una
efectiva tutela y reparación integral.

Una
cosa es innegable: La corrupción produce un daño social por cuanto
contrae el desarrollo de los pueblos, lesiona intereses sociales y
menoscaba el bienestar de la ciudadanía, lo que a su vez legitima y
justifica el reconocimiento del derecho a la indemnización. Con este
fin, resultará indispensable producir legislación interna en ese
sentido, la cual establezca al menos, lo siguiente:

DRA SUSANA BEATRIZ FERRO ILARDO

CORRUPCION Y DAÑO SOCIAL

**Por Ronald Víquez, Procurador de la Ética Pública**
**Procuraduría General de la República de Costa Rica**
**Autoridad Central UNCAC**

A manera de introducción, menciono que la Asamblea General de la ONU – en diciembre del 2000- reconoció la importancia de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra 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 se 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 resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003, titulada “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la Asamblea General de la ONU aprobó dicho instrumento jurídico internacional. Sin embargo, estos esfuerzos se han centrado en examinar la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos. Se ha hecho énfasis en el blanqueo de capitales, sobre todo tratándose de fondos públicos cuyo desvío amenaza gravemente el progreso económico social y político, en particular el de los países en desarrollo; socavando además los valores de democracia y moralidad.
2

No obstante lo expuesto en el caso de Costa Rica se ha ido más allá, puesto que ha agregado la reclamación del daño social ocasionado por la comisión de un delito de corrupción.

Es importante, recalcar que el principio del daño social no es sinónimo de la recuperación de activos. Por el contrario, se trata de la posibilidad de exigir reparación por los daños causados, cuando se lesionen intereses públicos. Es una figura que busca compensar las consecuencias de los actos de corrupción. No obstante, tiene consecuencias complementarias dentro de la lucha contra la corrupción. Se trata de un concepto novedoso y todavía poco desarrollado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La legislación procesal penal costarricense permite reclamar la responsabilidad civil consecuencia de un delito mediante la interposición de una acción civil resarcitoria. Esta acción es el instituto procesal que posibilita plantear reclamaciones económicas dentro de un proceso penal, a fin de establecer la responsabilidad civil generada como consecuencia de un hecho punible. El objetivo, en este caso, es procurar la restitución material del objeto del delito, así como la reparación de daños y perjuicios causados.
3

Cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos y difusos, se reconoce a la Procuraduría General de la República la legitimación para reclamar esta responsabilidad. La función primordial de la Procuraduría de la Ética Pública es prevenir, detectar y denunciar ante los Tribunales de Justicia posibles actos de corrupción en el ejercicio de la función pública. Asimismo, la Procuraduría de la Ética Pública funge como autoridad central para efectos de los convenios internacionales contra la corrupción.

En este esfuerzo frontal contra el fenómeno de la corrupción, lamentablemente cada vez más frecuente en nuestras sociedades, hemos presentado varias acciones civiles ante los Tribunales de Justicia, con el fin de solicitar el resarcimiento económico por daño social producto o consecuencia de actos de corrupción constitutivos de delito.

**I. DAÑO Y RESPONSABILIDAD CIVIL**

En términos generales se considera que existe un daño cuando, media una acción humana que produce detrimento, menoscabo, lesión o pérdida, de intereses jurídicamente relevantes o derechos individuales o supraindividuales. Siempre existirá daño cuando se afecte la esfera jurídica de un sujeto en el goce de los bienes sobre los cuales puede ejercer una facultad.
4

Características ineludibles del daño para ser indemnizable legalmente, son: debe ser cierto, real y efectivo, debe causar una lesión a un interés relevante, causado por un tercero, subsistente y en el cual media un relación causal entre el hecho generador y el daño .El daño debe ser la consecuencia directa e inmediata de la conducta (binomio causa- efecto).El nexo causal siempre será necesario para determinar la existencia o no del daño y su presunto responsable.

Para que adquiera relevancia jurídica es preciso que cumpla con cuatro elementos “sine qua non”, a saber: debe ser un daño causado por una conducta humana, antijurídica, culpable y en la cual media un nexo causal. Como consecuencia de lo anterior, surge el deber de reparar, indemnizar o compensar. En tanto se haya sufrido una lesión, que no tiene un individuo el deber de soportar; se impone el deber de resarcir, en atención al principio de reparación integral del daño.

Según los intereses jurídicos que resulten afectados, se suele diferenciar entre el Daño Patrimonial, que es el daño económico o material y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada y el Daño Extra patrimonial o inmaterial, dirigido a la protección de valores no patrimoniales, esenciales de la persona o grupos de ésta. A este último se le conoce también como daño moral o, como la parte social y afectiva del patrimonio moral -derechos ideales- y que pueden originar daños patrimoniales.
5

Actualmente, tratadistas como Ghersi1 hablan de otra categoría, la de los derechos de tercera generación, caracterizados por el humanismo, la solidaridad social y universalidad. Al respecto, este autor señala lo siguiente:

“Los derechos de tercera generación son aquellos que también se les conoce con el nombre de derechos de solidaridad o de los pueblos, ya que abarcan cuestiones de carácter supraindividual. Si bien su definición no es uniforme en la doctrina, tienen una característica uniforme, la de incidencia colectiva o en una universalidad de sujetos. Como ejemplo de estos derechos podemos mencionar el derecho a un ambiente sano, derechos de los consumidores, y aquellos relacionados con los avances de la ciencia y la tecnología…”

Los intereses difusos – que trataremos de seguido - son inherentes al ser humano y también son reconocidos como derechos de tercera generación. Estos intereses exceden el sujeto titular del derecho, el
6 cual puede resultar lesionado para ampliarse a intereses de difícil determinación de personas que no siempre se encuentran unidas por vínculos jurídicos definidos, para su resarcimiento resulta necesario hacer una estimación pecuniaria que fije su valor.

Tal como se indicó, en el derecho comparado existen figuras similares para reclamar las lesiones indemnizables a este tipo de derechos y se les conoce como Daños Colectivos o Daño Moral de carácter Colectivo, considerados como aquellos que producen un menoscabo a un interés general tutelado, que afecta a una víctima colectiva, es decir, a la sociedad en forma general, y no a una persona individualmente considerada.

**II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO SOCIAL**
Nuestro contacto constante con la comunidad internacional nos ha permitido dar a conocer esta iniciativa sobre el Daño Social en distintos foros, tales como, MESICIC de la OEA, Transparencia Internacional, el Banco Mundial, la ONU y el COMJIB. 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 a la sociedad en su conjunto.2
7

El año pasado, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) en Jornadas Iberoamericanas en Madrid en septiembre del 2011, acordó rescatar la propuesta de Costa Rica para generar un concepto sobre el daño social. Como un primer acercamiento al tema consideraron la propuesta nuestra, 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 afección material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos y ante el cual surge el deber de reparar”. Para esta finalidad se propuso la conformación de un panel de expertos internacionales que analicen y profundicen este tema y en ese sentido consideraron conveniente también establecer un modelo tipo de legislación del daño social, tomándose en cuenta que lo óptimo es que cada legislación regule al daño social como una posible consecuencia de la corrupción y por ello debe ser resarcido superando así vacíos de tipicidad y competencia. Esta reunión de autoridades centrales de la Convención de Mérida en el marco de IberRed es un primer paso importante en esta dirección para socializar el tema.
Marrakech, en octubre 2011; 19ª Reunión del Comité de expertos (MESICIC) OEA, setiembre 2012 Washington DC; y 2° Reunión Bienal de la Alianza-Lucha contra la Corrupción del Banco Mundial, junio 2012.
8

**A. Planteamiento del problema y sus repercusiones**
La corrupción constituye una amenaza para la estabilidad de las sociedades, la instauración, el mantenimiento del Estado de Derecho y el progreso económico y político. Para que sea válida, toda solución a este problema debe entrañar, no solo la recuperación de los bienes derivados de la corrupción, sino además la efectiva indemnización de sus efectos. La recuperación de esa riqueza mal habida y la restitución del daño social provocado 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.

En conclusión: Los actos y conductas corruptas atentan contra el desarrollo social de los ciudadanos lo cual afecta su bienestar social, por lo tanto, lesiona intereses difusos, es decir, aquellos de naturaleza dual, tanto por afectar al individuo como a la colectividad, de la cual es parte. De esta forma, surge el deber de reparar lo causado y de obtener una indemnización.

A pesar del papel central que se le ha venido otorgando a la recuperación de activos producto de los actos de corrupción, la cooperación internacional no se ha limitado a ella, sino que ha buscado
9 nuevos matices y el intercambio de mejores prácticas, en procura de crear y difundir nuevas formas de lucha contra la corrupción y es en ese sentido que presentamos esta propuesta.

Se puede comprender el problema y la necesidad en la conceptualización del tema, a efecto de precisar su contenido y sus alcances para lograr una efectiva tutela y reparación integral.
Una cosa es innegable: La corrupción produce un daño social por cuanto contrae el desarrollo de los pueblos, lesiona intereses sociales y menoscaba el bienestar de la ciudadanía, lo que a su vez legitima y justifica el reconocimiento del derecho a la indemnización. Con este fin, resultará indispensable producir legislación interna en ese sentido, la cual establezca al menos, lo siguiente:

a.- La tipificación de actos de corrupción (tipología penal). Además de cumplir con obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de las Convenciones Contra la Corrupción- ONU y OEA-, se cumpliría con un presupuesto de responsabilidad civil, pues el delito es un presupuesto fáctico de responsabilidad reparatoria como consecuencia jurídica de la comisión de un tipo penal (responsabilidad subjetiva). Además, por razones de solidaridad social, existe obligación de reparar cuando el daño ha sido causado por personas bajo la dependencia del responsable (responsabilidad objetiva).
10
b.- El reconocimiento del derecho a reclamar y de la obligación legal de resarcir. Asimismo, es necesario definir el concepto y las formas de reparación, incluyendo el rango de protección. A manera de ejemplo, nos referimos a los hechos lícitos e ilícitos y no solo hechos punibles de corrupción, sino además los relacionados con el ambiente, la salud, educación, desarrollo, seguridad, etc., en fin, los intereses públicos- bienes jurídicos- que afectan la colectividad y cuya violación lesiona intereses colectivos o difusos.
c.- La identificación de las autoridades, organizaciones o personas legitimadas para su interposición y titularidad del reconocimiento resarcitorio (teoría de los intereses difusos y de temas de legitimación activa y pasiva- quién reclama y contra quién se puede reclamar, sin olvidar y rescatando una inquietud presentada en el foro de la COMJIB sobre el tema del “locus comicie deliti” cuando se trate de Personas Jurídicas Multinacionales y sus filiales). En cuanto a la titularidad, puede orientarse a una determinación expresa del sujeto que la ley autoriza a ese respecto o por una legitimación amplia de tutela colectiva extendida a cualquier persona.
d.- Los medios probatorios amplios y apropiados que sirvan para dimensionar y medir la magnitud de las diferentes manifestaciones del daño provocado. La verificación de la existencia del daño y su eventual
11 constatación por parte del juzgador, mediante los diferentes medios probatorios que admite el Ordenamiento Jurídico, a efecto de establecer la “verdad” o certidumbre de los hechos sometidos a decisión es incuestionable y por ello se debe asegurar la más amplia libertad probatoria, aspecto medular de todo sistema judicial en especial lo referente al debido proceso y la prueba obtenida en el extranjero. La determinación del daño social gira sobre dos pilares centrales: la verificación de la existencia del daño y la cuantificación del mismo, una vez comprobada su existencia. Este es, quizás, el tema más complejo a superar en aquellos países en donde ya exista un reconocimiento de la figura del daño social- pues se trata de darle un precio o valor pecuniario, a un daño sobre todo inmaterial o extra patrimonial, que por su naturaleza no son apreciables económicamente y por la indeterminación de indicadores y/o metodologías que permitan recabar información estándar para mediar adecuadamente la corrupción y su aplicación al caso concreto.
e. Los mecanismos para fijar y/o determinar la cuantificación económica de la afectación colectiva (la pretensión resarcitoria) y las reglas sobre atribución de responsabilidad civil. Una vez comprobada la existencia del daño, será necesario establecer “el quantum” indemnizatorio. Este aspecto también genera gran discordia por la falta de parámetros y sistemas que ayuden a su fijación de manera igualitaria para casos
12 similares y en relación a la magnitud del daño causado que garantice una reparación integral. Lo anterior dependerá del modelo que se adopte en cada legislación, lo cual tiene incidencia sobre todo en los medios de prueba que se brinden para su valoración. Además, resulta conveniente disponer “sobre las formas de reparación” por las variadas posiciones que al respecto existen. En última instancia, será una decisión reservada a los Tribunales de Justicia. Se debe procurar no caer en reparaciones arbitrarias, meramente simbólicas o excesivas. En su lugar, se debe preferir, en primera instancia, la restitución de la cosa a su estado antes del hecho dañoso o, en su defecto, a satisfacer su valor conforme a estimación pericial y, si no fuera posible, permitir a los jueces fijar su valor; en segundo lugar, la reparación del daño material e inmaterial y, por último, la indemnización de los perjuicios provocados.
f.- El destino y/o utilización de las sumas o montos recuperados por ese concepto a efecto de lograr un efectivo beneficio social que si bien es cierto no siempre se logrará volver las cosas al estado anterior a los hechos, al menos se pretende devolver a la colectividad una compensación traducida en obra social que revierta los efectos negativos del quebranto legal acusado.
13

**B. Fundamento jurídico**
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 financiera 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.

El artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece:
“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 hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Este artículo de nuestra Carta Magna, establece numerus apertus los daños reparables y garantiza a nivel constitucional el deber de reparar y el derecho a obtener una reparación integral, materializando el principio
14 de acceso a la justicia convirtiéndose, a su vez, en un derecho instrumental para asegurar forzosamente el goce y ejercicio del derecho resarcitorio.

Por su parte, el Código Civil en el artículo 1045 y siguientes, instaura el principio general de la responsabilidad extracontractual, al indicar que todo aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro, tiene el deber de repararlo junto con sus perjuicios. Por su parte la Ley General de Administración Pública establece la responsabilidad del Estado.

Este bloque de legalidad reconoce la solidaridad de la responsabilidad, la culpa in eligendo e in vigilando y desarrolla otras características propias de la responsabilidad civil.

En el Ordenamiento Jurídico costarricense, el “daño social” tiene su génesis 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.”
15

Tal y como se indica, el artículo 50 regula el derecho de todos los costarricenses a 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 a 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. De esa forma, se establece una garantía social para reclamar los daños que afecten intereses colectivos e individuales que se relacionen con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La protección de los bienes colectivos consagrados en la Constitución Política y el reconocimiento amplio que de ellos ha venido perfilando nuestra Sala Constitucional pone de manifiesto la vital importancia de la tutela de este tipo de derechos o intereses socialmente relevantes.

**C. De los intereses difusos**
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,16 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 otros.3 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 va más allá de 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 17 trata de un derecho transversal, es decir, que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando sus institutos4.

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.

Un ambiente sano es sinónimo de bienestar social, comprendiendo éste los sentimientos de satisfacción material e inmaterial que se produce en las personas y colectividades. De esta forma se permite interpretar la legislación en protección a esos intereses difusos y colectivos. Vivir en un ambiente sano, libre de corrupción y el manejo de los fondos públicos es un interés de todos los ciudadanos. Los intereses difusos atañen a la existencia de la vida en comunidad. Por lo tanto, las afectaciones a los intereses difusos configuran una alteración de las condiciones de bienestar que debe gozar una sociedad, incidiendo sobre la calidad de vida de los ciudadanos del Estado. 18

El conjunto de normas de orden público anteriormente descritas, constituyen un marco de protección que garantiza la tutela absoluta y efectiva de los derechos colectivos, y es dentro de este contexto que se enmarca y entiende la figura del “daño social”.

El artículo 38 del Código Penal Procesal establece:
“Acción Civil por Daño Social.- 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, es asimilable a lo 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.
19

Las consecuencias de los actos de corrupción son diferentes, pero siempre de graves secuelas: debilita 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 de los países con economía en transición. El daño que se inflige es enorme y contrae los servicios públicos.

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.

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 promociona, asimismo, un antivalor: 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.
20
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, etc.

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 21 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 , 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. Según la Declaración de Nyanga de 2001, los líderes corruptos de países pobres, principalmente africanos, se habrían apoderado de entre 20 a 40 billones y 500 billones de 22 dólares por evasión de impuestos 5 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.

 **D. Deber de reparar**
La protección de los bienes colectivos y el reconocimiento que de ellos hacen los diferentes cuerpos normativos de la comunidad internacional, son contestes al considerar los ilícitos penales como conductas de reproche, por tratarse de ataques contra los valores y principios más preciados, que son objeto de represión por parte del Estado por medio de la amenaza de una pena, su finalidad es sancionar o castigar. Por su parte, el ilícito civil es un comportamiento dañoso no tipificado por la ley penal y cuya sanción consiste en imponer al autor, la obligación de resarcir o indemnizar el daño. Su finalidad es reparadora.
23

La responsabilidad penal y la responsabilidad civil no son excluyentes. En Costa Rica, incluso se pueden reclamar ambos tipos de responsabilidad en un mismo proceso penal.
Ante la comisión de un delito de corrupción, en adición a la pena que se imponga al autor que resulte culpable, se debe reconocer, un daño social que obliga ser reparado o resarcido adecuadamente. Es posible, inclusive, declarar responsabilidad civil, aún en casos en que no se imponga condena penal. Esto obedece a que las reglas sobre atribución de responsabilidad civil intentan restablecer el bien lesionado por un hecho dañoso, pero sin sujeción a criterios de culpabilidad, elemento básico de la responsabilidad penal.
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. Es más, 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 6.
24

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.

La mayoría de los países reconocen en su legislación interna la obligación de indemnizar y reparar los daños causados por una conducta ilícita. Algunos ordenamientos reconocen esa obligación, aún para los casos de conducta lícita.

Como lo hemos adelantado, el daño social, 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.
25

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, siendo por excelencia el Estado el representante supremo de la colectividad.

La definición rescatada en el Seminario de la COMJIB, es adecuada al considerar 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 afección material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos y ante el cual surge el deber de reparar
26

**E. Consecuencias de la aplicación del principio**
Las consecuencias directas del reconocimiento del concepto de daño social son:
1. El 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. El posicionamiento a nivel judicial del daño social que ocasiona la corrupción, producto de sentencias que lo declaran y reconocen o convalidan a nivel judicial.
3. La concordancia con los objetivos y contenidos establecidos en los tratados internacionales sobre la lucha contra la corrupción.
4. La 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
27
responsables solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios).
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 (se pone de manifiesto la necesidad de superar el aforismo “societas delinquere non potest”).
c. Se produce un efecto 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; también afecta su patrimonio, debido al pago de una indemnización y rCORRUPCION Y DAÑO SOCIAL

Por Ronald Víquez, Procurador de la Ética Pública

Procuraduría General de la República de Costa Rica

Autoridad Central UNCAC

A manera de introducción, menciono que la Asamblea General de la ONU – en diciembre del 2000- reconoció la importancia de contar con un instrumento jurídico internacional eficaz contra 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 se 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 resolución 58/4 del 31 de octubre de 2003, titulada “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción”, la Asamblea General de la ONU aprobó dicho instrumento jurídico internacional. Sin embargo, estos esfuerzos se han centrado en examinar la cuestión de los fondos transferidos ilícitamente y la repatriación de esos fondos. Se ha hecho énfasis en el blanqueo de capitales, sobre todo tratándose de fondos públicos cuyo desvío amenaza gravemente el progreso económico social y político, en particular el de los países en desarrollo; socavando además los valores de democracia y moralidad.

2

No obstante lo expuesto en el caso de Costa Rica se ha ido más allá, puesto que ha agregado la reclamación del daño social ocasionado por la comisión de un delito de corrupción.

Es importante, recalcar que el principio del daño social no es sinónimo de la recuperación de activos. Por el contrario, se trata de la posibilidad de exigir reparación por los daños causados, cuando se lesionen intereses públicos. Es una figura que busca compensar las consecuencias de los actos de corrupción. No obstante, tiene consecuencias complementarias dentro de la lucha contra la corrupción. Se trata de un concepto novedoso y todavía poco desarrollado en nuestro Ordenamiento Jurídico.

La legislación procesal penal costarricense permite reclamar la responsabilidad civil consecuencia de un delito mediante la interposición de una acción civil resarcitoria. Esta acción es el instituto procesal que posibilita plantear reclamaciones económicas dentro de un proceso penal, a fin de establecer la responsabilidad civil generada como consecuencia de un hecho punible. El objetivo, en este caso, es procurar la restitución material del objeto del delito, así como la reparación de daños y perjuicios causados.

3

Cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos y difusos, se reconoce a la Procuraduría General de la República la legitimación para reclamar esta responsabilidad. La función primordial de la Procuraduría de la Ética Pública es prevenir, detectar y denunciar ante los Tribunales de Justicia posibles actos de corrupción en el ejercicio de la función pública. Asimismo, la Procuraduría de la Ética Pública funge como autoridad central para efectos de los convenios internacionales contra la corrupción.

En este esfuerzo frontal contra el fenómeno de la corrupción, lamentablemente cada vez más frecuente en nuestras sociedades, hemos presentado varias acciones civiles ante los Tribunales de Justicia, con el fin de solicitar el resarcimiento económico por daño social producto o consecuencia de actos de corrupción constitutivos de delito.

I. DAÑO Y RESPONSABILIDAD CIVIL

En términos generales se considera que existe un daño cuando, media una acción humana que produce detrimento, menoscabo, lesión o pérdida, de intereses jurídicamente relevantes o derechos individuales o supraindividuales. Siempre existirá daño cuando se afecte la esfera jurídica de un sujeto en el goce de los bienes sobre los cuales puede ejercer una facultad.

4

Características ineludibles del daño para ser indemnizable legalmente, son: debe ser cierto, real y efectivo, debe causar una lesión a un interés relevante, causado por un tercero, subsistente y en el cual media un relación causal entre el hecho generador y el daño .El daño debe ser la consecuencia directa e inmediata de la conducta (binomio causa- efecto).El nexo causal siempre será necesario para determinar la existencia o no del daño y su presunto responsable.

Para que adquiera relevancia jurídica es preciso que cumpla con cuatro elementos “sine qua non”, a saber: debe ser un daño causado por una conducta humana, antijurídica, culpable y en la cual media un nexo causal. Como consecuencia de lo anterior, surge el deber de reparar, indemnizar o compensar. En tanto se haya sufrido una lesión, que no tiene un individuo el deber de soportar; se impone el deber de resarcir, en atención al principio de reparación integral del daño.

Según los intereses jurídicos que resulten afectados, se suele diferenciar entre el Daño Patrimonial, que es el daño económico o material y comprende tanto el desembolso efectivo como la ganancia frustrada y el Daño Extra patrimonial o inmaterial, dirigido a la protección de valores no patrimoniales, esenciales de la persona o grupos de ésta. A este último se le conoce también como daño moral o, como la parte social y afectiva del patrimonio moral -derechos ideales- y que pueden originar daños patrimoniales.

5

Actualmente, tratadistas como Ghersi1 hablan de otra categoría, la de los derechos de tercera generación, caracterizados por el humanismo, la solidaridad social y universalidad. Al respecto, este autor señala lo siguiente:

“Los derechos de tercera generación son aquellos que también se les conoce con el nombre de derechos de solidaridad o de los pueblos, ya que abarcan cuestiones de carácter supraindividual. Si bien su definición no es uniforme en la doctrina, tienen una característica uniforme, la de incidencia colectiva o en una universalidad de sujetos. Como ejemplo de estos derechos podemos mencionar el derecho a un ambiente sano, derechos de los consumidores, y aquellos relacionados con los avances de la ciencia y la tecnología…”

Los intereses difusos – que trataremos de seguido - son inherentes al ser humano y también son reconocidos como derechos de tercera generación. Estos intereses exceden el sujeto titular del derecho, el

6 cual puede resultar lesionado para ampliarse a intereses de difícil determinación de personas que no siempre se encuentran unidas por vínculos jurídicos definidos, para su resarcimiento resulta necesario hacer una estimación pecuniaria que fije su valor.

Tal como se indicó, en el derecho comparado existen figuras similares para reclamar las lesiones indemnizables a este tipo de derechos y se les conoce como Daños Colectivos o Daño Moral de carácter Colectivo, considerados como aquellos que producen un menoscabo a un interés general tutelado, que afecta a una víctima colectiva, es decir, a la sociedad en forma general, y no a una persona individualmente considerada.

II. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DAÑO SOCIAL

Nuestro contacto constante con la comunidad internacional nos ha permitido dar a conocer esta iniciativa sobre el Daño Social en distintos foros, tales como, MESICIC de la OEA, Transparencia Internacional, el Banco Mundial, la ONU y el COMJIB. 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 a la sociedad en su conjunto.2

7

El año pasado, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB) en Jornadas Iberoamericanas en Madrid en septiembre del 2011, acordó rescatar la propuesta de Costa Rica para generar un concepto sobre el daño social. Como un primer acercamiento al tema consideraron la propuesta nuestra, 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 afección material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos y ante el cual surge el deber de reparar”. Para esta finalidad se propuso la conformación de un panel de expertos internacionales que analicen y profundicen este tema y en ese sentido consideraron conveniente también establecer un modelo tipo de legislación del daño social, tomándose en cuenta que lo óptimo es que cada legislación regule al daño social como una posible consecuencia de la corrupción y por ello debe ser resarcido superando así vacíos de tipicidad y competencia. Esta reunión de autoridades centrales de la Convención de Mérida en el marco de IberRed es un primer paso importante en esta dirección para socializar el tema.

Marrakech, en octubre 2011; 19ª Reunión del Comité de expertos (MESICIC) OEA, setiembre 2012 Washington DC; y 2° Reunión Bienal de la Alianza-Lucha contra la Corrupción del Banco Mundial, junio 2012.

8

A. Planteamiento del problema y sus repercusiones

La corrupción constituye una amenaza para la estabilidad de las sociedades, la instauración, el mantenimiento del Estado de Derecho y el progreso económico y político. Para que sea válida, toda solución a este problema debe entrañar, no solo la recuperación de los bienes derivados de la corrupción, sino además la efectiva indemnización de sus efectos. La recuperación de esa riqueza mal habida y la restitución del daño social provocado 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.

En conclusión: Los actos y conductas corruptas atentan contra el desarrollo social de los ciudadanos lo cual afecta su bienestar social, por lo tanto, lesiona intereses difusos, es decir, aquellos de naturaleza dual, tanto por afectar al individuo como a la colectividad, de la cual es parte. De esta forma, surge el deber de reparar lo causado y de obtener una indemnización.

A pesar del papel central que se le ha venido otorgando a la recuperación de activos producto de los actos de corrupción, la cooperación internacional no se ha limitado a ella, sino que ha buscado

9 nuevos matices y el intercambio de mejores prácticas, en procura de crear y difundir nuevas formas de lucha contra la corrupción y es en ese sentido que presentamos esta propuesta.

Se puede comprender el problema y la necesidad en la conceptualización del tema, a efecto de precisar su contenido y sus alcances para lograr una efectiva tutela y reparación integral.

Una cosa es innegable: La corrupción produce un daño social por cuanto contrae el desarrollo de los pueblos, lesiona intereses sociales y menoscaba el bienestar de la ciudadanía, lo que a su vez legitima y justifica el reconocimiento del derecho a la indemnización. Con este fin, resultará indispensable producir legislación interna en ese sentido, la cual establezca al menos, lo siguiente:

a.- La tipificación de actos de corrupción (tipología penal). Además de cumplir con obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de las Convenciones Contra la Corrupción- ONU y OEA-, se cumpliría con un presupuesto de responsabilidad civil, pues el delito es un presupuesto fáctico de responsabilidad reparatoria como consecuencia jurídica de la comisión de un tipo penal (responsabilidad subjetiva). Además, por razones de solidaridad social, existe obligación de reparar cuando el daño ha sido causado por personas bajo la dependencia del responsable (responsabilidad objetiva).

10

b.- El reconocimiento del derecho a reclamar y de la obligación legal de resarcir. Asimismo, es necesario definir el concepto y las formas de reparación, incluyendo el rango de protección. A manera de ejemplo, nos referimos a los hechos lícitos e ilícitos y no solo hechos punibles de corrupción, sino además los relacionados con el ambiente, la salud, educación, desarrollo, seguridad, etc., en fin, los intereses públicos- bienes jurídicos- que afectan la colectividad y cuya violación lesiona intereses colectivos o difusos.

c.- La identificación de las autoridades, organizaciones o personas legitimadas para su interposición y titularidad del reconocimiento resarcitorio (teoría de los intereses difusos y de temas de legitimación activa y pasiva- quién reclama y contra quién se puede reclamar, sin olvidar y rescatando una inquietud presentada en el foro de la COMJIB sobre el tema del “locus comicie deliti” cuando se trate de Personas Jurídicas Multinacionales y sus filiales). En cuanto a la titularidad, puede orientarse a una determinación expresa del sujeto que la ley autoriza a ese respecto o por una legitimación amplia de tutela colectiva extendida a cualquier persona.

d.- Los medios probatorios amplios y apropiados que sirvan para dimensionar y medir la magnitud de las diferentes manifestaciones del daño provocado. La verificación de la existencia del daño y su eventual

11 constatación por parte del juzgador, mediante los diferentes medios probatorios que admite el Ordenamiento Jurídico, a efecto de establecer la “verdad” o certidumbre de los hechos sometidos a decisión es incuestionable y por ello se debe asegurar la más amplia libertad probatoria, aspecto medular de todo sistema judicial en especial lo referente al debido proceso y la prueba obtenida en el extranjero. La determinación del daño social gira sobre dos pilares centrales: la verificación de la existencia del daño y la cuantificación del mismo, una vez comprobada su existencia. Este es, quizás, el tema más complejo a superar en aquellos países en donde ya exista un reconocimiento de la figura del daño social- pues se trata de darle un precio o valor pecuniario, a un daño sobre todo inmaterial o extra patrimonial, que por su naturaleza no son apreciables económicamente y por la indeterminación de indicadores y/o metodologías que permitan recabar información estándar para mediar adecuadamente la corrupción y su aplicación al caso concreto.

e. Los mecanismos para fijar y/o determinar la cuantificación económica de la afectación colectiva (la pretensión resarcitoria) y las reglas sobre atribución de responsabilidad civil. Una vez comprobada la existencia del daño, será necesario establecer “el quantum” indemnizatorio. Este aspecto también genera gran discordia por la falta de parámetros y sistemas que ayuden a su fijación de manera igualitaria para casos

12 similares y en relación a la magnitud del daño causado que garantice una reparación integral. Lo anterior dependerá del modelo que se adopte en cada legislación, lo cual tiene incidencia sobre todo en los medios de prueba que se brinden para su valoración. Además, resulta conveniente disponer “sobre las formas de reparación” por las variadas posiciones que al respecto existen. En última instancia, será una decisión reservada a los Tribunales de Justicia. Se debe procurar no caer en reparaciones arbitrarias, meramente simbólicas o excesivas. En su lugar, se debe preferir, en primera instancia, la restitución de la cosa a su estado antes del hecho dañoso o, en su defecto, a satisfacer su valor conforme a estimación pericial y, si no fuera posible, permitir a los jueces fijar su valor; en segundo lugar, la reparación del daño material e inmaterial y, por último, la indemnización de los perjuicios provocados.

f.- El destino y/o utilización de las sumas o montos recuperados por ese concepto a efecto de lograr un efectivo beneficio social que si bien es cierto no siempre se logrará volver las cosas al estado anterior a los hechos, al menos se pretende devolver a la colectividad una compensación traducida en obra social que revierta los efectos negativos del quebranto legal acusado.

13

B. Fundamento jurídico

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 financiera 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.

El artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica establece:

“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 hacérseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

Este artículo de nuestra Carta Magna, establece numerus apertus los daños reparables y garantiza a nivel constitucional el deber de reparar y el derecho a obtener una reparación integral, materializando el principio

14 de acceso a la justicia convirtiéndose, a su vez, en un derecho instrumental para asegurar forzosamente el goce y ejercicio del derecho resarcitorio.

Por su parte, el Código Civil en el artículo 1045 y siguientes, instaura el principio general de la responsabilidad extracontractual, al indicar que todo aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro, tiene el deber de repararlo junto con sus perjuicios. Por su parte la Ley General de Administración Pública establece la responsabilidad del Estado.

Este bloque de legalidad reconoce la solidaridad de la responsabilidad, la culpa in eligendo e in vigilando y desarrolla otras características propias de la responsabilidad civil.

En el Ordenamiento Jurídico costarricense, el “daño social” tiene su génesis 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.”

15

Tal y como se indica, el artículo 50 regula el derecho de todos los costarricenses a 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 a 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. De esa forma, se establece una garantía social para reclamar los daños que afecten intereses colectivos e individuales que se relacionen con el derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

La protección de los bienes colectivos consagrados en la Constitución Política y el reconocimiento amplio que de ellos ha venido perfilando nuestra Sala Constitucional pone de manifiesto la vital importancia de la tutela de este tipo de derechos o intereses socialmente relevantes.

C. De los intereses difusos

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,16 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 otros.3 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 va más allá de 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 17 trata de un derecho transversal, es decir, que se desplaza a todo lo largo del ordenamiento jurídico, modelando y reinterpretando sus institutos4.

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.

Un ambiente sano es sinónimo de bienestar social, comprendiendo éste los sentimientos de satisfacción material e inmaterial que se produce en las personas y colectividades. De esta forma se permite interpretar la legislación en protección a esos intereses difusos y colectivos. Vivir en un ambiente sano, libre de corrupción y el manejo de los fondos públicos es un interés de todos los ciudadanos. Los intereses difusos atañen a la existencia de la vida en comunidad. Por lo tanto, las afectaciones a los intereses difusos configuran una alteración de las condiciones de bienestar que debe gozar una sociedad, incidiendo sobre la calidad de vida de los ciudadanos del Estado. 18

El conjunto de normas de orden público anteriormente descritas, constituyen un marco de protección que garantiza la tutela absoluta y efectiva de los derechos colectivos, y es dentro de este contexto que se enmarca y entiende la figura del “daño social”.

El artículo 38 del Código Penal Procesal establece:

“Acción Civil por Daño Social.- 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, es asimilable a lo 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.

19

Las consecuencias de los actos de corrupción son diferentes, pero siempre de graves secuelas: debilita 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 de los países con economía en transición. El daño que se inflige es enorme y contrae los servicios públicos.

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.

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 promociona, asimismo, un antivalor: 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.

20

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, etc.

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 21 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 , 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. Según la Declaración de Nyanga de 2001, los líderes corruptos de países pobres, principalmente africanos, se habrían apoderado de entre 20 a 40 billones y 500 billones de 22 dólares por evasión de impuestos 5 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.

D. Deber de reparar

La protección de los bienes colectivos y el reconocimiento que de ellos hacen los diferentes cuerpos normativos de la comunidad internacional, son contestes al considerar los ilícitos penales como conductas de reproche, por tratarse de ataques contra los valores y principios más preciados, que son objeto de represión por parte del Estado por medio de la amenaza de una pena, su finalidad es sancionar o castigar. Por su parte, el ilícito civil es un comportamiento dañoso no tipificado por la ley penal y cuya sanción consiste en imponer al autor, la obligación de resarcir o indemnizar el daño. Su finalidad es reparadora.

23

La responsabilidad penal y la responsabilidad civil no son excluyentes. En Costa Rica, incluso se pueden reclamar ambos tipos de responsabilidad en un mismo proceso penal.

Ante la comisión de un delito de corrupción, en adición a la pena que se imponga al autor que resulte culpable, se debe reconocer, un daño social que obliga ser reparado o resarcido adecuadamente. Es posible, inclusive, declarar responsabilidad civil, aún en casos en que no se imponga condena penal. Esto obedece a que las reglas sobre atribución de responsabilidad civil intentan restablecer el bien lesionado por un hecho dañoso, pero sin sujeción a criterios de culpabilidad, elemento básico de la responsabilidad penal.

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. Es más, 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 6.

24

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.

La mayoría de los países reconocen en su legislación interna la obligación de indemnizar y reparar los daños causados por una conducta ilícita. Algunos ordenamientos reconocen esa obligación, aún para los casos de conducta lícita.

Como lo hemos adelantado, el daño social, 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.

25

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, siendo por excelencia el Estado el representante supremo de la colectividad.

La definición rescatada en el Seminario de la COMJIB, es adecuada al considerar 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 afección material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos y ante el cual surge el deber de reparar

26

E. Consecuencias de la aplicación del principio

Las consecuencias directas del reconocimiento del concepto de daño social son:

1. El 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. El posicionamiento a nivel judicial del daño social que ocasiona la corrupción, producto de sentencias que lo declaran y reconocen o convalidan a nivel judicial.

3. La concordancia con los objetivos y contenidos establecidos en los tratados internacionales sobre la lucha contra la corrupción.

4. La 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

27

responsables solidariamente con los autores del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios).

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 (se pone de manifiesto la necesidad de superar el aforismo “societas delinquere non potest”).

c. Se produce un efecto 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; también afecta su patrimonio, debido al pago de una indemnización y repercute negativamente en el precio de sus acciones.

Lo anterior por cuanto, 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 28 dejarse de lado que en la mayoría de los casos, a todo corrupto internacional le corresponde un corrupto nacional, de ahí la necesidad de que ambos respondan económicamente por sus actos. La ética pública es inseparable de la ética privada; no se puede suponer que en una misma persona concurran 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.

Es natural que la aplicación de este principio presente dificultades de distinta índole, dentro de las cuales sobresalen: la verificación y la cuantificación del daño social- como lo indicamos líneas atrás- . Tanto en la constatación como en la cuantificación del daño social, consecuentemente será necesario adecuar a lo interno de cada país su legislación domestica.

III. PROPUESTA DE ACCIÓN

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, que la corrupción produce un daño social, y que luego se le dé el alcance necesario que permita un tratamiento integral que contribuya a la efectiva compensación y cuantificación de sus

29 efectos, así como a la identificación y determinación de los sujetos procesales legitimados para reclamar y demandar. 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.

Tal y como lo indicamos al inicio, es importante recalcar que el concepto de daño social no es sinónimo de la recuperación de activos. Se trata de una herramienta que busca eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, tanto en su efecto retributivo y compensatorio, como en su efecto disuasivo, lo que contribuye, además, a su carácter preventivo, garantizando a las entidades y personas perjudicadas,, por un acto de corrupción, el derecho a iniciar acciones legales contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización o compensación pecuniaria.

Una cosa es cierta; la fortaleza que le atribuyamos a este flagelo 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 30 ocasiones, se ha convertido en una agencia de aseguramiento de privilegios consolidados.-

DRA. SUSANA BEATRIZ FERRO ILARDO

ESTUDIOS LATINOS E IBEROAMERICANOS (SBFI)

FUMPADES ONG

COORDINADORA ATTAC SALAMANCA

1 GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de Daños. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2007

2 Transparencia Internacional IACC 14th Internacional Anti-Corruption Conference 2010- Thailand; 4° Período de sesiones de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de ONU contra la Corrupción- celebrada en

3 Sentencia 8239-01 de la Sala Constitucional.

4 Sentencia 2000-00041 de la Sala Constitucional.

5 Para mayor información sobre este tema: “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; y “Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan”, en: http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf

6 Véase. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad Civil, 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., p. 62).epercute negativamente en el precio de sus acciones.

Lo anterior por cuanto, 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 28 dejarse de lado que en la mayoría de los casos, a todo corrupto internacional le corresponde un corrupto nacional, de ahí la necesidad de que ambos respondan económicamente por sus actos. La ética pública es inseparable de la ética privada; no se puede suponer que en una misma persona concurran 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.

Es natural que la aplicación de este principio presente dificultades de distinta índole, dentro de las cuales sobresalen: la verificación y la cuantificación del daño social- como lo indicamos líneas atrás- . Tanto en la constatación como en la cuantificación del daño social, consecuentemente será necesario adecuar a lo interno de cada país su legislación domestica.

**III. PROPUESTA DE ACCIÓN**
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, que la corrupción produce un daño social, y que luego se le dé el alcance necesario que permita un tratamiento integral que contribuya a la efectiva compensación y cuantificación de sus
29 efectos, así como a la identificación y determinación de los sujetos procesales legitimados para reclamar y demandar. 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.

Tal y como lo indicamos al inicio, es importante recalcar que el concepto de daño social no es sinónimo de la recuperación de activos. Se trata de una herramienta que busca eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, tanto en su efecto retributivo y compensatorio, como en su efecto disuasivo, lo que contribuye, además, a su carácter preventivo, garantizando a las entidades y personas perjudicadas,, por un acto de corrupción, el derecho a iniciar acciones legales contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización o compensación pecuniaria.

Una cosa es cierta; la fortaleza que le atribuyamos a este flagelo 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 30 ocasiones, se ha convertido en una agencia de aseguramiento de privilegios consolidados.-

**DRA. SUSANA BEATRIZ FERRO ILARDO**
**ESTUDIOS LATINOS E IBEROAMERICANOS (SBFI)**
**FUMPADES ONG**
**COORDINADORA ATTAC SALAMANCA**

1 GHERSI, Carlos Alberto. Teoría General de la Reparación de Daños. Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 2007
2 Transparencia Internacional IACC 14th Internacional Anti-Corruption Conference 2010- Thailand; 4° Período de sesiones de la Conferencia de los Estados Partes en la Convención de ONU contra la Corrupción- celebrada en
3 Sentencia 8239-01 de la Sala Constitucional.

4 Sentencia 2000-00041 de la Sala Constitucional.
5 Para mayor información sobre este tema: “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; y “Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan”, en: http://siteresources.worldbank.org/NEWS/Resources/Star-rep-full.pdf

6 Véase. Rivero Sánchez, Juan Marcos. Responsabilidad Civil, 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., p. 62).