

El daño social en delitos de corrupción estipulados en la Ley N.º 8422. Antecedentes, contexto actual, retos y oportunidades de mejora en la razonabilidad de los montos exigidos, para como país fortalecer el Estado social y de derecho.

Juan Carlos Ugalde Barquero. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología. 2021

Resumen

El daño social en delitos de corrupción, para la sociedad de nuestro país, Costa Rica, es uno de los grandes malestares cotidianos, así como de mayor incidencia y la preocupación al respecto, conduce a la búsqueda de la manera óptima de sentar precedentes y exigir un daño social equilibrado y razonable, que cumpla con las garantías del proceso penal. El propósito principal de este artículo es generar una investigación valiosa, que de forma robusta pueda ser funcional en ambos términos: el primero de ellos para la ciudadanía en general, que busca a diario una función pública ajustada a la probidad y el segundo, ligado a las partes del proceso, que las garantías sean para el ente acusador como la Procuraduría General de la República y también para las personas acusadas, a fin de que exista una forma sana y equilibrada de exigir y cuantificar el daño social; es una percepción que contribuye con todas las partes involucradas del proceso. Como Estado social y de derecho, Costa Rica debe seguir fortaleciendo, mediante nuevos mecanismos apegados a la Constitución y la ley, a los entes que se encargan de exigir daño social, posicionar mediante nuevas herramientas órganos importantes como el Ministerio Público o la Procuraduría de la Ética Pública.

Palabras clave: corrupción, daño social, razonabilidad, mecanismos, acreditar.

Abstract

The social damage in corruption crime, for example white collar crime, for Costa Rica as society the corruption is one of the principal discomfort, the corruption as principal incident of discomfort, the social worry for corruption, represent for Costa Rica two ways to act from

the institutionality, the first as general society is search the honesty and integrity in the public function, and the next important topic to tackle is demand a technical social damage, because Costa Rica is famous for its social state, as country Costa Rica must to create an guarantee atmosphere, but guarantee for people in society, and also for Judicial Branch, is in the two ways, to search the best way to require or demand the social damage, Costa Rica follow its tradition as social state, receptive, attached to the Constitution and also with all the social guarantee, Costa Rica take a stance for the politic stability, and needs to strengthen the Judicial Branch and the institutionality.

Key words: corruption, social damage, reasonableness, procedure, confirm.

Introducción

El presente artículo hace referencia a determinadas condiciones que se presentan en la sociedad, en el ejercicio de la ciudadanía, pero también propias de nuestro ordenamiento jurídico, sobre todo del derecho penal, al cual deben ajustarse las personas funcionarias públicas y la sociedad en general. La Procuraduría General de la República logra entrelazar las instituciones públicas, de acuerdo con la legislación vigente, como la Ley N.º 8422 denominada Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública entre otras leyes e instituciones vinculadas, mediante el departamento de la Comisión de la Ética Pública. También vincula al Poder Judicial, la Fiscalía General de la República, la sociedad civil organizada y cada ciudadano que ejerza los derechos y obligaciones constitucionales.

Este artículo incluye ambas vías, siempre en resguardo de las garantías constitucionales que como Estado y país nos han caracterizado, y además es la ruta por seguir. Es válido recordar, que excepcionar los principios es el principio del fin, las garantías constitucionales y las derivadas del sistema penal acusatorio, y no inquisitivo, llevan años construyéndose, a las diversas sociedades les ha tomado mucho tiempo edificarlas; no es válido el retroceso cuando se tienen por delante las garantías, las cuales están para todos (as) o no están. Por tal motivo, en este trabajo se busca el equilibrio para la sociedad, porque no solo le brinda espacio y

protagonismo a la parte que debe acreditar el daño social, sino también a la parte acusada, para que los fundamentos para tasar el daño social sean los correctos y proporcionados.

Respecto al flagelo de la corrupción, según La Nación (2020) “entre la corrupción real y la percibida, hay una enorme diferencia. No sabemos cuál excede a la otra, y posiblemente la percepción sea exagerada, pero creer que no ha habido un solo hecho merecedor de sanción en tanto tiempo desafía al sentido común, como también las 12 sentencias condenatorias del total de 370 expedientes cerrados en el 2017 y examinados por el estado de la justicia (La Nación, 2020, párr. 11)”.

La ciudadanía en general ha posicionado su descontento en contra de la corrupción, tanto así que la Encuesta Nacional de la Prevención de la Corrupción, de la Contraloría General de la República (2020) señala aspectos importantes que se deben tomar en consideración, tales como que “el 85,7% de la ciudadanía considera que la corrupción lo perjudica en su vida cotidiana. En relación con esto, el 15,3% indica que la corrupción le provoca inseguridad, 15,2% considera que afecta su economía personal y del país y el 11,2% cree que provoca el aumento de impuestos (Contraloría General de la República 2020, párr.1)”.

Se trata de descubrir insumos de la Procuraduría General de la República, para posicionar y dar a conocer las diversas formas de calcular el procedimiento y método de cálculo del daño social, para que se conozca entre las partes cómo se podría calcular de forma razonable y proporcional, siempre viendo las garantías. La Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, según Mata (2004) nació como un proyecto de ley en 1999, pero fue aprobada en 2004 (Mata, 2004, p. 15). Cuando en Costa Rica se enfrentaban grandes problemas con los jefes, ministros, Presidencia de la República, diputadas y diputados, entre otros, la ley cuenta con una condición híbrida si de aplacar la corrupción se trata, fue pensada en su momento para contrarrestar actuaciones de la función pública.

Dentro de la investigación cabe resaltar, que los actos o nexos que se democratizan mediante la prensa, se traducen para la Procuraduría de la Ética Pública y sus procuradores de la ética o procuradores penales, en casos donde acreditar el daño social es llevadero y más sencillo, ya que se logra evidenciar y visibilizar la molestia de la ciudadanía en general, ante los hechos que pueden encajar en delitos, por parte de la función pública.

Los delitos ya mencionados como actuaciones mínimas policiales, sustracción de bienes dentro de una institución pública entre otros, se convierten en delitos donde para acreditar el daño social se requiere de un trabajo interdisciplinario al no existir la opinión pública de manera mediática, por tanto al presentar prueba del daño social la judicatura que analiza el caso muchas veces no logra percibir la molestia del colectivo y la impunidad logra posicionarse antes que la justicia y la correcta ejecución de la función pública.

Para Mata (2004) corrupción es "toda aquella acción u omisión de las personas en general y del servidor público en particular, que los lleva a desviarse tanto de los deberes y responsabilidades como ciudadano, o los formales del cargo asignado, con el objeto de obtener algún tipo de beneficio". (Mata, 2004, p. 13)

Revisión Bibliográfica

Para identificar el daño social, es interesante destacar lo que menciona el Procurador de la Ética Pública Miguel Cortés (2012) "aquél 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". (Cortés, 2012, p. 2)

En el contexto anteriormente descrito, el daño social se puede vincular con lo notorio, evidente y público; es sumamente complejo hablar de daño social, en una municipalidad que según la Contraloría General de la República, se encuentre en el *ranking* que se actualiza cada año; muchas veces el daño social se presume por lo que expresa el colectivo en las redes sociales, a partir de aquel descontento ciudadano que exige una acción del Estado, para con esos daños y que según su opinión, son alteraciones al bienestar común.

Según el mismo procurador, el asidero jurídico del daño social se encuentra en la Carta Magna de la República de Costa Rica "el daño social tiene su fundamento en el artículo 50 de la Constitución Política, que plantea el derecho constitucional de los ciudadanos a vivir en un ambiente sano, entendido este como un ambiente libre de corrupción". (Cortés, 2012, p. 4)

Antes de la ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito, que como se ha mencionado, fue aprobada en 2004, existía la ley sobre el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, la cual contenía ciertos problemas no de estructura, sino de un criterio considerado

en esta investigación. La forma como se aplicaba esta, en derecho, contaba con serios problemas en su ejecución, ya que según Mata (2004) “había poca capacidad para capturar los delitos de cuello blanco. En el año 2000 solo 36 de un total de 93 824 denuncias de delitos en general que ingresaron al Ministerio Público, fueron atendidos por la Unidad de Delitos Económicos y Corrupción”. (Mata, 2004, p. 17)

Hace varios meses, el exministro de Justicia y Paz, Feoli Villalobos, manifestó que pronto se realizaría una investigación sobre los delitos de cuello blanco en Costa Rica hasta el 2020, esperamos contar con esa investigación para efectos de este proyecto. Por otra parte, es claro que los Centros de Atención Institucional del Ministerio de Justicia y Paz, en su mayoría, no están conformados por ex funcionarios (as) públicos (as) y que además, se tiende a criminalizar la pobreza.

Al respecto, Mata (2004), de nuevo mediante estadísticas, se refiere a la importancia de esta nueva ley, cuando se logre aplicarla en todo caso y no solo en casos mediáticos “en el año 2001, sólo 11 de los 144 casos cerrados en esta materia terminaron en una acusación formal; del total de 118 expedientes sobre delitos contra la función pública, cerrados en el año 2002, únicamente en 11 (9%) se hizo una acusación. El delito más frecuente por el que se acusó fue el peculado”. (Mata, 2004, p. 17)

El tipo de corrupción que se puede denominar “corrupción hormiga” y las diferentes causales, llevan a generar un foco mediático sobre todos aquellos delitos que no trascienden a la luz pública y por tanto, la labor de la Procuraduría de la Ética Pública debe realizar esfuerzos mayores para lograr acreditar el daño social, sin existir un parámetro que evidenciar como en delitos mediáticos.

Uno de los principales hallazgos fue obtenido mediante una encuesta realizada por el Centro de Investigación y Estudios Políticos de la Universidad de Costa Rica (2017) “descenso importante de las personas que consideran que el desempleo es su principal problema y aumento de los que creen que es la corrupción”. (CIEP, 2017, pág. 19)

Este estudio de caso determina la diferencia entre delitos funcionales cometidos por funcionarios públicos, que ostentan puestos de jerarquía entre otros, con diferencia de aquellos cometidos también por funcionarios públicos, pero no jefes o personas en puestos

de confianza. La gran diferencia se encuentra en los sentidos y la forma como los medios de comunicación, que dicho sea de paso, en una sociedad juegan un rol de hegemonía comunicacional, logran posicionar ciertas noticias por encima de otras, pero eso no significa que solo una noticia es más peligrosa que otra, todas pueden ser perjudiciales en un contexto democrático, existe una correlación dentro de la Procuraduría de la Ética Pública, respecto a los casos mediáticos, según la forma de acreditar el daño social. No es lo mismo acreditar el daño social, cuando este fue cometido por un funcionario de los supremos poderes, por ejemplo: diputados o diputadas de la república, asesores (as) de confianza, ministros (as), viceministros (as) de la república, magistrados y magistradas suplentes o propietarios, jefes de diversas instituciones autónomas y bancos estatales, miembros de juntas directivas de bancos, o de instituciones autónomas, entre otros que el fuero mediático de la prensa alcanza de forma precisa para que el ente procurador pueda acreditar daño social, pero esa no es la realidad en contextos donde se hace referencia a corrupción hormiga, es decir, aquellos delitos que se cometan en el ejercicio de las funciones por colaboradores (as) del Estado, tales como un cohecho de un policía de tránsito en la comunidad de Los Chiles.

Al no estar expuesto este tipo de noticias sobre corrupción, al dominio público, no existe interacción verdadera de los (as) ciudadanos (as) del país, haciendo referencia a los casos en perjuicio de este, es en ese momento que en muchos delitos donde la Procuraduría de la Ética Pública solicita vía indemnización, montos que no se ajustan al daño social y le son rechazados vía sentencias al no poder acreditar el daño social, pero adquiere relevancia estudiar la forma en que se puede tasar el daño social, haciendo la clara diferencia de que en un sector no es lo mismo según la funcionalidad, es decir, no existe comparación entre el alcance entre un mando medio, un funcionario público como un policía de tránsito o un Ministro de Obras Públicas y Transportes; se debe establecer una sana diferencia, que también resguarde a las personas que por su condición o situación laboral, no puedan responder igual que los (as) demás.

Respecto del ordenamiento jurídico, la legitimación de la acción civil resarcitoria por daño social, se puede encontrar respaldada en los siguientes artículos:

Artículo 1 y 3 de LOPGR.

Artículos 41 y 50 Const. Pol.

Artículo 1045 y ss. del Código Civil.

Artículos 103:2 y 106 del Código Penal.

Artículos 37, 38 Y 70 Código Procesal Penal.

Metodología

Se plantea hacer una revisión de la doctrina existente sobre daño social, además de las investigaciones sobre daño social, la revisión de las previas en daño social y trabajos de la PGR-PEP. Para una recolección de información adecuada, que se base en criterios técnicos; también se revisarán las garantías del derecho penal, entrelazado con el daño social y como la ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito ha mejorado la situación en el país. A la vez, se genera una investigación en proyectos de ley, que puedan facilitar la labor de presentar prueba como la ley de extinción de dominio. Se plantea la situación, de si la modificación a la PEP debe ser un proyecto de ley que la convierta en una agencia anticorrupción, fuera de la PGR, como un nuevo mecanismo de probidad. Bajo esa forma se logrará tener una concepción abierta y clara sobre el daño social, pero mediante acceso a peritajes privados y confidenciales, se pretende exponer sobre los fundamentos para tasar el daño social y que estos a la vez sean los correctos y proporcionados. Para ello se consultarán fuentes y peritajes exclusivos, donde proponen nuevas formas de tasar el daño social, dentro de los parámetros de ley, razonables y proporcionales a un estimado real.

Cálculo y Daño Social

Para el tema en cuestión, es relevante indicar que se desea brindar seguridad jurídica a la sociedad como tal, es decir, que el daño social no sea un tema aislado de las garantías, sino que vaya en armonía con los instrumentos jurídicos que existen en nuestro país; para ello se consulta el último modo de operar de la Procuraduría General de la República, un peritaje amplio con base en lo técnico, no en estimaciones antojadizas y muchas veces temerarias. Para ello se consulta el informe técnico jurídico del licenciado Héctor Trejos Benavidez, de la FISCALÍA ADJUNTA DE PROBIDAD TRANSPARENCIA Y ANTICORRUPCIÓN; es un peritaje con el objetivo de determinar la cuantía del daño social. Siendo el ofendido los

deberes de la función pública, lo primero que se debe destacar es que el daño social, daño moral y demás, siempre tienden a ser cambiantes, dependiendo del lente que lo juzgue. Es un tema que no escapa de la subjetividad que existe entre los seres, variando de profesiones, puntos de vista, experiencias, rubros por evaluar; en fin, son temas que muchas veces escapan de lo técnico y terminan perjudicando a las personas imputadas, pero también al Estado por someterlo a procesos cuyo pago termina siendo imposible ejecutar, por las cifras descomunales que presenta. Bajo esa circunstancia, es necesario delimitar el espacio de lo que se incluye en daño moral y en daño social.

Para Héctor Trejos Benavidez (2018), queda establecido que en diferentes criterios de la jurisprudencia respectiva, se ha indicado que el objetivo del pago del daño moral está determinado por tres elementos, a saber:

- El castigo lógico al causante del evento dañoso.
- El resarcimiento justo al daño causado.
- La aplicación de lo que dicta la doctrina del derecho.

(Trejos, 2018, pág. 30)

Existen puntos que rescatar del punto de vista en cuestión, respecto de lo mencionado, debido a que no se trata de pedir sumas excesivas que nunca llegarán a las arcas del Estado, se trata de que haya equilibrio, culpar los entornos y no tanto la persona. Para Héctor Trejos (2018) “en todo caso el objetivo del pago de tal daño no es la cancelación de sumas arbitrariamente altas, sino el cumplimiento de los puntos como resarcimiento justo, aplicación de derecho y castigo lógico”. (Trejos, 2018, pág. 30)

Sobre el daño, el licenciado Trejos lo describe en los siguientes términos: “El daño moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocado por el evento dañoso. Es claro pues que el daño moral tiene relación directa con perjuicios extra patrimoniales individuales”. (Trejos, 2018, pág. 30)

Ese daño en cualquier momento puede ser social, por ejemplo, si se da sustracción de bienes del Estado, que bajo esa premisa son de todos los (as) costarricenses y desde ese punto de vista ya existe daño material y social; no se requiere ser funcionario público para cometer

daño social, en términos de hacienda pública, porque cabe recordar, que existen Juntas Directivas públicas y privadas que administran fondos públicos, por lo tanto, en cualquier momento pueden ser culpables de daño social y material, al tratarse de fondos que pertenecen a la colectividad.

En relación con el tema, es oportuno exponer un artículo de relevancia constitucional, que nos puede referir al daño social y que además, la Procuraduría General de la República, en la sección de Ética Pública, usa a diario en audiencias como sustento y respaldo:

ARTÍCULO 50.- El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.

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.

Según la Sala Constitucional de la República de Costa Rica (como se citó en Trejos 2018)

Se trata, entonces, de intereses individuales, pero a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos por ser comunes a una generalidad e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter. (Sala Constitucional, voto 503-94)

Se trata de cuando existen bienes o patrimonio de la colectividad y estos se utilizan, ya sea a favor de una sola persona o de varias; son bienes que por su naturaleza no deberían estar en dominio de las personas particulares, y mucho menos, explotarlos o sacar provecho de

ellos de forma ilícita, pertenecen a una comunidad, un país o una región y por lo tanto, así debe ser su tratamiento.

La democracia muchas veces reside en ciertos funcionarios públicos, miembros de algunos poderes de la república, por ello, también la percepción ciudadana es válida y debe tomarse en cuenta a la hora de analizar este tipo de eventos.

Para don Héctor Trejos hay aspectos que la PGR y la PEP toman en cuenta y que deben seguir usándose en futuras intervenciones. Para Trejos (2018):

En general, como daño social se pueden distinguir los siguientes eventos dañosos:

1. Afectación del medio ambiente,
2. Afectación a los deberes tributarios,
3. Afectación al patrimonio cultural en general,
4. Afectación a la integridad territorial del país,
5. Afectación al buen manejo del gasto público,
6. Afectación a los deberes en la función pública,
7. Afectación de los derechos de los consumidores,
8. Afectación a la paz,
9. Afectación a la tranquilidad anímica,
10. Afectación a la libertad individual,
11. Afectación a la integridad física,
12. Afectación al honor,
13. Afectación a la imagen del país,
14. Afectación a créditos internacionales,
15. Afectación al sistema democrático del país,
16. Afectación a la credibilidad institucional del país.

17. Afectación al bienestar general o comunal.

(Trejos, 2018, pág. 32).

Todos los puntos son relevantes. En una democracia no hay punto que sea excluido, lo primero es que la sana convivencia construye sociedades más equilibradas y prósperas, que se traducen en mayores oportunidades: de desarrollo personal, económico, educativo, sociopolítico, entre otros; el ambiente, el valor de ser un país reconocido por sus luchas ambientales.

El valor del turismo que visita Costa Rica, en la práctica de ecoturismo, constituía alrededor del 6,3 % del PIB antes de la SARS-CoV-2; el ambiente es universal y le brinda a Costa Rica oportunidades internacionales locales y regionales, que difícilmente pueden ponderarse desde el punto de vista solo económico, es un conjunto que trasciende ese aspecto, la afectación del patrimonio cultural, ya que un sector de la población debe trabajar muchas veces con recursos limitados a fin de rescatar la identidad del costarricense desde el sector cultura, son aspectos cuya ponderación económica requiere la evaluación del contexto y una realidad alejada respecto a años atrás, lo cual dificulta su acreditación. Estos son aspectos que deben considerarse, para generar un sano equilibrio entre los pares.

Para mayor claridad se genera un cuadro de atención

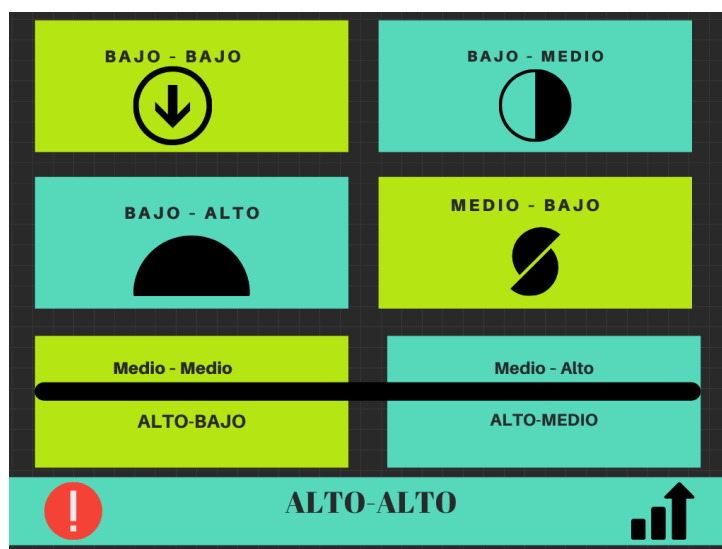


Grafico 1.1. Cuadro de calificación de rubros que constituyen daño social. Elaboración propia.

Según el cuadro anterior, que describe los índices de gravedad que pueden ser, desde bajo-bajo hasta alto-alto, para Héctor Trejos una fórmula novedosa que se está ejecutando en el sector de la PGR es “como determinamos diecisiete tipos de eventos dañosos, se podría calcular una ponderación total de ciento cincuenta y tres puntos ($17 * 9 = 153$), lo que equivaldría a una afectación del 100% de daño social. Este porcentaje se aplicará al monto que se cuantificó como generado por el evento dañoso, más los intereses e indexación”. (Trejos, 2018, pág. 33).

Forma de calcular

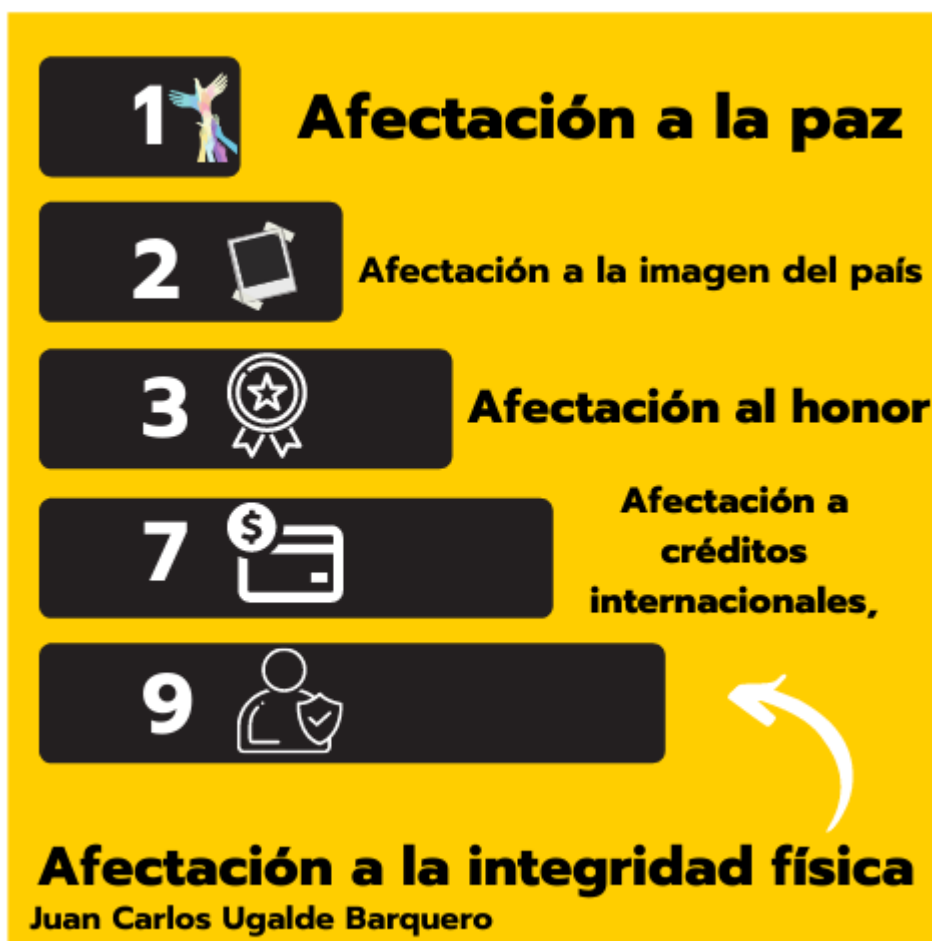


Gráfico 1.2. Ponderación en un peritaje a los rubros que constituyen daño social. Elaboración propia.

Hay puntos relevantes de todo lo descrito con antelación, el primero de ellos es en el ámbito interno de la Procuraduría General de la República; no siempre la Procuraduría cuenta con peritos para cada caso, existen alrededor de cinco procuradores destacados en Ética Pública, todos manejan casos distintos, pero el presupuesto no alcanza para pagar un perito para que se refiera a daño social en particular, por ende, se debe realizar un mapeo interno para definir en qué casos se requiere de un perito, que detalle en un informe sobre el daño social, mientras que en otros casos solo se hace con la argumentación del procurador o procuradora a cargo. Por ejemplo, en casos como ICE-ALCATEL, CAJA- FISCHER, sí se requirió de un perito a cargo para estimar el concepto de daño social, pero en casos como un peculado de uso de un funcionario público, no tiene sentido generar todo el operativo contable con un perito, ya que si bien es relevante con el fin de fortalecer el sector público, su daño no es tan grave, el presupuesto de la Procuraduría de la Ética Pública no alcanza para contratar peritos para cada caso en específico, ya que los peritos pueden significar un costo de entre seiscientos mil y un millón de colones según sea el caso. De acuerdo con el Procurador de la Ética Pública, Miguel Horacio Cortés Chaves, el presupuesto global no sobrepasa los trece millones de colones anuales, por lo tanto, no alcanza para cada caso, por lo que algunos son asumidos por los procuradores destacados.

En todo peritaje se presentan aspectos subjetivos, que a lo largo de la historia se han contemplado y utilizado, siempre sustentados en situaciones que se puedan demostrar. En delitos de hacienda pública, probablemente no se vaya a pedir un alto grado respecto del eje “afectación del medio ambiente” lo cual nos lleva a otro punto relevante que utiliza la judicatura; desde el punto de vista del perito de peritos y el juez o jueza a cargo, todo presupuesto debe ser interiorizado por la lógica, la experiencia y la razón, ya que eso es precisamente la sana crítica que siempre debe existir, en todo ejercicio del derecho.

Asimismo, es relevante el ejercicio donde se ponga en perspectiva, lo que ocurre en lo pragmático desde estrados judiciales, que muchas veces rechazan el daño social por considerarlo desproporcionado o como un elemento sin pruebas. Eso pone en riesgo el equilibrio social, las garantías de las personas, pero también la impunidad. Por ello, en cada caso es sano aportar medidas objetivas, las cuales permitan establecer el daño social, para que no ocurran situaciones como las señaladas en la siguiente causa:

Resolución: 2020-1050

Expediente: 15-000145-0396-PE (13)

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José. Goicoechea, al ser las once horas treinta minutos, del veintiséis de junio de dos mil veinte. –

"En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de los indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe *in re ipsa*." (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, voto 376-F-99 de las 14:40 horas del 9 de julio. El realce es suplido).

El daño social no puede convertirse, en una herramienta de persecución sin fundamento o una herramienta coercitiva, para cumplir fines que no son los mejores en una democracia. Por lo tanto, siempre que se va a determinar un daño social, se hace mediante las plataformas ya descritas y de forma técnica, sustentado en peritajes o estudios técnicos, que validen ese accionar y lo respalden en estrados; de no ser así, el resultado será de forma común, sentencias o resoluciones que rechazan el daño social, cuando el enemigo no es este, sino la forma de exigirlo o de componerlo en su estructura en cuanto a exigir en montos económicos.

Por otra parte, excepcionar los principios es el principio del fin. En toda sociedad democrática, con raíces de un civismo medio, de participación ciudadana considerable y de gobierno abierto, no es posible la tolerancia a la corrupción en sus diversas formas de operar, desde lo privado hacia lo público, o desde lo público hacia lo privado; ambas son nefastas

para un sistema democrático robusto y que a diario invierte en su sociedad, como forma o creencia de movilización social, pero también cuando hablamos de garantías, hay garantías para todos y todas o no hay garantías reales. Eso refleja que tampoco el daño social por sí solo, como forma de determinar y sancionar la corrupción, puede mantenerse por la vía legal, sin límites o presupuestos establecidos, no se puede convertir el daño social en una herramienta para descalificar, sin aportar evidencia real y certera, eso va en detrimento de una serie de garantías, que le pertenecen a cada ciudadano de la república; el juicio de valor sustentado en la lógica, la razón y la experiencia es quien debe dirigir la discusión sobre daño social.

Es interesante el ejercicio de recopilar lo que piensa la ciudadanía, así como sus percepciones sobre la corrupción, pero el ejercicio es más interesante cuando también se incorpora a los (as) funcionarios (as) públicos (as) para que generen opinión desde sus contextos sobre la corrupción en el sector público. Según la Encuesta Nacional de Prevención de la Corrupción de la Contraloría General de la República (2020),

El 87,0% de los funcionarios públicos considera que la corrupción lo perjudica en su vida cotidiana, principalmente por el mal uso de los recursos (12,5%), por la afectación en su economía personal (11,2%) y en la disminución de las oportunidades laborales (8,1%). (Contraloría General de la República, ENPC, 2020, párr. 1)

Es considerable el número de funcionarios y funcionarias quienes consideran que la corrupción ejerce algún grado de incidencia en sus vidas, que de alguna manera los (as) perjudica en la toma de decisiones o en el desempeño de sus funciones. En este sentido se debe ser cauteloso, pues el derecho nos brinda herramientas, pero estas no pueden solventar problemas por sí solas, al contrario, pueden agravar condiciones sociales, por ejemplo el tema de los programas de cumplimiento anticorrupción. De nuevo, el enemigo no son los programas, es la forma de instaurarlos, internamente en las empresas hay programas anticorrupción, lo que muchas veces falla es el abordaje, se dan conductas y prácticas enquistadas por años, que con la única existencia del reglamento o manual no se erradican, lo primordial es la comunicación, lo que no se dice no existe, por consiguiente, el abordaje debe ser integral e innovador, para que de forma real se pueda dar trazabilidad a sus efectos anticorrupción.

Según la CGR (2020),

Del total de encuestados, el 49,1% indica conocer de acciones en su institución para evitar la corrupción, entre las principales se mencionan la educación y promoción de valores (23,4%), la aplicación de controles (17,2%) y la aplicación de leyes y normativa (7,2%). En comparación con los resultados obtenidos en el año 2016, se observa un aumento de los funcionarios públicos encuestados que indican conocer sobre las acciones que realiza la institución en la que trabaja para prevenir la corrupción (46,0% en el año 2016).

En relación con el conocimiento de actos de corrupción, el 30,7% señala haber sido testigo de algún caso de corrupción en su institución, de estos, el 72,1% realizaron la denuncia. El miedo a represalias (45,5%), no ver cambio (18,2%) y desconfianza en el sistema (11,4%) son las principales razones por las que no se planteó la denuncia. (Contraloría General de la República, ENPC, 2020, párr. 2)

Daño social y daño material

En este apartado se van a describir aspectos y diferencias entre los dos tipos de daño mencionados, para poder precisar aún más lo que respecta a daño social, generando un punto de vista mucho más integral y social, no solo jurídico. Para ello, primero se deben hacer varias menciones específicas y concretas sobre el tema que nos atañe, el cual va más allá de salud o empleo y es importante conservarlo como todo un entorno. En esta ocasión no todo es el dinero, pues hay aspectos que no solo dependen de este rubro.

Para Chasco y Hernández (como se citó en Barrantes Moreno, 2020), “por lo general, el bienestar social se refiere al conjunto de sentimientos de satisfacción material e inmaterial que producen en las personas y colectividades una serie de condiciones materiales que no pueden reducirse únicamente al nivel de renta (ingresos económicos), sino que incluyen otras dimensiones importantes de la existencia humana como la salud, educación, servicios, infraestructuras, vivienda, seguridad, entorno, su felicidad, la salud, las relaciones sociales y las oportunidades”. (Chasco y Hernández, s.f.)

Procesos socio-participativos y socio-consultivos

El derecho no tiene el poder de solventar del todo problemáticas sociales, pero si se emplea de buena forma, puede contribuir a ese ejercicio social de sana convivencia. Es válido dejar un sentido de pertenencia sobre los principios del derecho, ya que excepcionar los principios, es el principio del fin. Toda política pública, todo proyecto o iniciativa que mencione lo social, debe salir desde lo social como principio, no solo metodológico sino realista. Por tal razón se mencionan los procesos socioconsultivos, donde las personas son quienes opinan sobre su condición, ya que son ellas quienes la viven, la academia puede recolectar la información, pero la sociedad civil organizada y no organizada mediante estos procesos, es quien legitima una acción o un sentir colectivo, solamente la población que a diario se relaciona con vínculos que pueden proveer una información detallada sobre un sentimiento específico, los libros, las revistas, pueden recoger condiciones sociales, lo primordial en todo ejercicio sano es la consulta directa a la población en general y que sea esta la que haga referencia de forma concreta a la condición y problemática, con base en ello, en este trabajo, cuando se hace referencia a daño social, se hace alusión a las encuestas y consultas ciudadanas, ya que no se puede analizar este tema, dejando de lado a quienes son la guía activa.

Cabe destacar, que siempre es vinculante la consulta antes de emitir cualquier política pública o antes de acreditarse la razón en cualquier temática social, debido a que esa consulta es capaz de legitimar y respaldar, en gran medida, lo presentado en relación con una sociedad. Existe un costo operativo de la corrupción, que se traslada a daño social, es decir, la operacionalidad vía estatal, para generar corrupción, genera un daño en el tejido social; por su forma de operar, por lo general se suele presentar como una operacionalidad que les impide a muchos (as) contar con oportunidades reales de participación o desarrollo.

En delitos de corrupción no puede existir un sistema del todo estandarizado, cada delito es diferente, cada funcionario ostenta representaciones diversas y cada comunidad posiblemente afectada es distinta, es decir, no se pueden clasificar los delitos de corrupción en una misma categoría, ya que todos son diferentes en su totalidad, algunos son muy evidentes y otros parecen simbólicos, existen delitos de corrupción muy violentos, pero es importante recordar que toda criminalidad es violenta, aunque se dan formas de violencia muy sutiles, como el cohecho y el prevaricato, entre otros; pero toda esa forma de criminalidad es violencia, no

solo el crimen organizado o el narcotráfico. Consecuentemente, en esta ocasión se trata de generar garantías para acreditar el daño social, pero que se puedan ver en aspectos mucho más objetivos que los señalados en anteriores causas y dan la impresión de ser antojadizos; se traslada ese sentir de la violencia generada por la corrupción, a un trabajo que además pretende generar nociones específicas del sistema actual, para mejorar que en el futuro se apliquen fórmulas más accesibles. Se muestra la metodología usada en el caso MASHA OFELIA TAITELBAUM YOSELEWICH.

Fórmula

III METODOLOGIA PARA EL CALCULO DE LA INDEMNIZACION DEL DAÑO SOCIAL.

Para el cálculo del daño social no existen tablas generales ni fórmulas matemáticas universalmente aceptadas, lo que se hace es identificar una serie de variables que fueron afectadas por el hecho particular y ver el grado de incidencia de cada una, para así llegar a determinar un posible daño social.

El Perito en base a lo anterior y su experiencia sugiere una cifra prudencial al Señor Juez, que como Perito de Peritos establecerá el monto a indemnizar.

ACUSADA : MASHA OFELIA TAITELBAUM YOSELEWICH

Las variables tomadas en cuenta en este caso fueron:

- a) tipo de daño causado
- b) extensa carrera en la administración pública
- c) nivel profesional de la acusada
- d) lesionó el buen nombre de funcionario público, como Defensora de los Habitantes
- e) lesionó el buen nombre de la Defensoría de los Habitantes
- f) nivel jerárquico y máximo puesto que desempeñaba dentro de la Institución
- g) pésimo ejemplo a subalternos dentro de la institución
- h) quebrantó la confianza de los ciudadanos que la eligieron y de la ciudadanía en general
- i) contribuyó a incrementar los niveles de corrupción, siendo llamado a ser por su función uno de los paladines en contra de la corrupción
- j) debilitó con sus actuaciones de régimen de derecho, institucionalidad y democracia en nuestro país
- k) sus actuaciones negativas han sido ampliamente difundidas por medios masivos de comunicación, como prensa escrita, televisión y la red de internet.
- l) lo anterior probablemente repercutió a nivel internacional, o sea, ha manchado la imagen de nuestro país a nivel internacional

Gráfico 1.3. Metodología real y objetiva para calcular el daño social. Fuente: Procuraduría de la Ética Pública.

Como se desprende de la imagen, en ciertos delitos ha existido una lista de rubros por ponderar para calcular el daño social, tratando de alcanzar aún más esa objetividad que debe caracterizar un Estado social y de derecho, entre ellos se describen el tipo de daño, la carrera pública de la persona que cometió el delito, el nivel profesional alcanzado por la imputada, la jerarquía dentro de la institución que representaba, a su vez el daño que causó a la imagen de la Defensoría o de cualquier ente público sujeto a críticas de los ciudadanos, el ejemplo y

la imagen del funcionario público debilitada por múltiples factores y la imagen del país en medios internacionales, lo cual genera desconfianza fuera de nuestras fronteras.

La imagen del funcionario público es un elemento que no debe subestimarse, ya que aunque sostener la democracia depende de todos (as) los (as) habitantes del país, también existe un rubro que es vital, los (as) funcionarios (as) públicos (as) son quienes fortalecen la democracia en gran medida, por ejemplo, los funcionarios judiciales entre otros. Por tal motivo, esa imagen debe ser transparente, de manera que la imagen es un aspecto que se debe cuidar y seguir posicionando.

A diferencia del social, el daño que en algunas ocasiones es más sencillo determinar es el material, por ejemplo, lo sustraído del erario público y la forma como esto afectó la funcionalidad estatal. En este trabajo se hace énfasis en el daño inmaterial, que funciona muy similar al daño moral en la práctica jurídica penal, es precisamente, generar una noción objetiva del sentir colectivo y ciudadano, tasada en colones, lo cual no es sencillo ni por asomo, es convertir un sentimiento en colones, por ello la relevancia de la consulta ciudadana y popular. Este ejercicio no tendría razón de ser alguna, sin ese valor que solo la ciudadanía puede expresar, por lo que las encuestas son vitales en el ejercicio del cálculo del daño social. Cuantificar el daño social, como se ha reiterado, va más allá de lo general o estandarizado, cada delito es un mundo por descubrir, siempre mirando entornos y después personas, no existe una cuantificación general, que se pueda aplicar como regla común.

Se genera una percepción apegada a la normativa vigente, que se utiliza hace algunos meses. Según Miguel Horacio Cortés Chávez (2015) “Art. 125 Código Penal de 1941. La reparación del daño moral, en las infracciones contra la honra, la dignidad o la honestidad o en otros casos de daño a intereses de orden moral, consistirá en una indemnización pecuniaria que, si no hubiese base suficiente para fijarla por medio de peritos, la determinará el Juez prudencialmente, según las circunstancias de infracción, condiciones de la persona ofendida y la naturaleza y consecuencias habidas o posibles del agravio sufrido”. (Cortés, 2015, pág. 39)

De lo expresado por este autor, es posible inferir aspectos relevantes en la práctica, que funcionan como parámetros dentro de la temática judicial. Según el artículo 125 que se mencionó, no existe un precio único para daño moral y en este caso, no hay precio único

para daño social; recordemos que se mencionan ambos, porque a pesar de ser distintos, en lo pragmático su cálculo es bastante similar; sin embargo, la ley permite a la judicatura actuar como perito de los peritos, al dejar abierta la posibilidad de no otorgar la petitoria de la Procuraduría, sino dejarla de reserva de la judicatura, lo que contribuye con las garantías mencionadas con antelación.

Daños Colaterales

Después de haber descrito las clases y las formas objetivas de calcular el daño social, cabe mencionar, también a modo de presentación, que mucho de lo que ocurre en los delitos de corrupción en la función pública, ha generado un deterioro social, que no solo se ve reflejado en faltas de oportunidad, sino también en el abstencionismo de nuestro país. Existe una gran inversión estatal, para que mediante procesos democráticos se pueden generar cambios que beneficien la sociedad, pero mucho de lo que ocurre ligado a la corrupción, tiende a generar cierta reacción negativa de las personas, lo cual es perjudicial para todas las personas en un Estado social y de derecho. Para Miguel Horacio Cortés Chávez (2015), “si hay condena penal, debe haber condena civil”. (Cortés, 2015, pág. 46)

Referencias

Aguirre, A. (2010). "LINEAMIENTOS PARA LA COMPRESIÓN DEL DAÑO SOCIAL Y SUS POSIBLES APLICACIONES EN EL DERECHO COSTARRICENSE. Recuperado de <https://ijj.ucr.ac.cr/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2017/06/LINEAMIENTOS-PARA-COMPRESION-DEL-DANO-SOCIAL.pdf>

Aguirre, A. y Sibaja, I. (2011). EL DAÑO SOCIAL: SU CONCEPTUALIZACIÓN Y POSIBLES APLICACIONES. Recuperado de <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxwHNqMhbPkntvMmJXnPJxMSQGbc?projector=1&messagePartId=0.1>

Contraloría General de la República, (2020). Encuesta Nacional de la Prevención de la Corrupción. Recuperado de <https://cgrfiles.cgr.go.cr/publico/docsweb/enpc-2020/perc-cuid.html>

Cortés, M. (2015). Procuraduría de la Ética Pública. Conclusión general sobre daño social abstracto. Recuperado de <https://mail.google.com/mail/u/0/#search/miguelcc%40pgr.go.cr?projector=1>

Cortés, M. (2017). Procuraduría de la Ética Pública Indemnización por daño social en delitos de corrupción. Recuperado de <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxwHNqMhbPkntvMmJXnPJxMSQGbc?projector=1&messagePartId=0.4>

La Nación, (2020). Impunidad de la corrupción. Recuperado de <https://www.nacion.com/opinion/editorial/editorial-impunidad-de-la-corrupcion/DC4PXI7H3FGFLHYT4VPT3RYA3M/story/>

La Nación, (2019). Crecimiento de planilla estatal se desaceleró en 2018. Recuperado de <https://www.nacion.com/economia/politica-economica/crecimiento-de-planilla-del-estado-se-desacelero/JZ63PYNH75HRFEHFWV2AQXKKY4/story/>

Ley N.º 8422. (2004). Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=53738&nValor3=90841&strTipM=TC

Procuraduría General de la República. (2012). FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO SOCIAL COMO AFECTACIÓN DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS Y LEGITIMACIÓN DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA EL COBRO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO SOCIAL. Recuperado de <https://mail.google.com/mail/u/0/#inbox/FMfcgxwHNqMhbPkntvMmJXnPjxMSQGbc?projector=1&messagePartId=0.1>

Procuraduría General de la República. (2012). EL DAÑO SOCIAL COMO DAÑO NO PATRIMONIAL (EXTRAPATRIMONIAL O MORAL) Recuperado de <https://mail.google.com/mail/u/0/#search/miguel+cortes/FMfcgxwHNqMhbPkntvMmJXnPjxMSQGbc?projector=1&messagePartId=0.3>

Procuraduría General de la República. (2012). QUIÉNES SOMOS, HISTORIA PGR. Recuperado de <https://www.pgr.go.cr/sobre-nosotros/historia/#:~:text=La%20Procuradur%C3%ADa%20General%20de%20la,dependencia%20del%20Ministerio%20de%20Justicia.>

Observatorio Judicial. (2013). UNA SILLA VACÍA. Recuperado de <https://www.poder-judicial.go.cr/observatoriojudicial/vol146/discursos/dc1.html>