

**UNIVERSIDAD ESTATAL A DISTANCIA
SISTEMAS DE ESTUDIOS DE POSGRADO
MAESTRÍA EN CRIMINOLOGÍA**

MONOGRAFÍA:

**CORRUPCIÓN Y ABUSO DE PODER:
REFLEXION DE UNA ACTUALIDAD QUE NOS OPRIME**

ALUMNOS:

**RONALD ZÚÑIGA ALVARADO
RODRIGO SALAS ROJAS**

SETIEMBRE, 2006

TABLA DE CONTENIDO.

CAPÍTULO I.

INTRODUCCIÓN	1
1.1. Antecedentes de Contexto	5
1.2. Justificación	6
1.3. Problema	7
1.4. Objetivos	8
1.4.1 Objetivo General	8
1.4.2 Objetivos Específicos	8
1.5 Metodología	8
1.6 Sujetos y Fuentes de Información	9
1.7 Alcances y Limitaciones	10

CAPÍTULO II.

CORRUPCIÓN Y ABUSO DE PODER: REFLEXIÓN DE UNA ACTUALIDAD QUE NOS OPRIME	12
2. Derechos Humanos	12
2.1 Concepto	12
2.2 Clasificación de los Derechos Humanos	13
2.2.1 Primera Generación	14
2.2.2 Segunda Generación	14
2.2.3 Tercera Generación	14
2.3 Desarrollo Social	15
2.4 Del Poder hacia la Corrupción: Conceptos	16
2.5 La Corrupción en las entrañas del Poder	19
2.5.1 Expansión de la Corrupción	24
2.6 Visión Internacional de la Corrupción	26
2.7 Corrupción en América Latina	29
2.8 Proyección de una Política Criminal contra la Corrupción y soluciones ...	32
2.8.1 Estrategias de una política criminal	40
2.8.1.1 Declaración de París	49
2.8.1.1 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales	51
2.8.1.3 Otras legislaciones	54
2.9 La Investigación y Persecución de la Corrupción: Ministerio Público	55
2.9.1 El Ministerio Público y la responsabilidad política que debe afrontar	56
2.9.2 La responsabilidad social y política en la persecución de la Corrupción	59

2.9.3	La ineficacia del sistema penal frente a los delitos en perjuicio de los deberes de la función pública	62
2.10	Costa Rica: Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública	65
2.10.1	Sujetos que intervienen en los actos de Corrupción	67
2.10.2	Corrupción y Probidad Administrativa	68
2.10.3	Concepto de Servidor Público	70
2.10.4	Delitos Funcionales	71
2.10.5	“Actuaciones en nombre de otro”	74
2.10.6	Delitos regulados en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública	75
2.10.6.1	Enriquecimiento Ilícito	76
2.10.6.2	Tráfico de Influencias	79

CAPÍTULO III.

REFLEXIÓN DE UNA ACTUALIDAD QUE NOS OPRIME CON RAÍCES Y ALCANCES DE UN VIEJO FENÓMENO	88
--	-----------

CUADRO 1

Una panorámica de la de la corrupción en el Orbe	94
--	----

BIBLIOGRAFÍA	95
---------------------------	-----------

CAPÍTULO I.

INTRODUCCIÓN.

La Corrupción es uno de los problemas de mayor trascendencia que se presenta en el campo de la delincuencia reciente. Se da en diferentes niveles, desde las bases hasta quienes ejercen el liderazgo. Algunas de las causas son de tipo estructural, producto de las herencias del pasado y de la misma forma como se ha ejercido la función pública. Otras responden a aspectos coyunturales que tienen que ver con las relaciones de poder. Ese problema ha generado una desconfianza en los políticos y en aquellos que con buenas intenciones desean colaborar dentro de la Administración Pública.

La realidad política y social de nuestro país, en los últimos años, se ha visto enmarcada por escandalosos casos de corrupción, en donde particularmente se han visto involucrados ex presidentes de la República, a quienes, en estos momentos, se les investiga por recibir pagos de dineros supuestamente impropios por parte de empresas transnacionales, que tenían relaciones comerciales con dos instituciones de Costa Rica: el Instituto Costarricense de Electricidad y la Caja Costarricense del Seguro Social, según Décimo Informe: Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible del 2004, de paso las dos instituciones propulsoras del desarrollo social de nuestro país a partir de la segunda mitad del siglo XX. Justamente, después del escándalo de corrupción más grande en la historia de nuestro país, entró en

vigencia en el año 2004, la LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA (Ley Número 8422), en la cual se regula una serie de tipos penales que atacan directamente los actos provenientes de la corrupción. Dicha Ley pretende regular diferentes conductas: el enriquecimiento ilícito, el tráfico de influencias, la legislación o administración en provecho propio, pago irregular de contratos administrativos, entre otras figuras que permiten al menos teóricamente la idea de combatir la corrupción en su origen mismo.

La presente monografía va dirigida a analizar la corrupción desde diferentes ópticas: el primer tema recaba una simbiosis del bien jurídico que ha sido afectado, como lo es el desarrollo social, abarca un repaso del desarrollo social impulsado dentro del marco humanista de los derechos humanos, cómo la evolución de la humanidad ha generado la visión político social y la necesidad de proteger ciertos bienes jurídicos a consecuencia de nuevas conductas delictivas. Es importante para el desarrollo de este trabajo, comprender primero qué bien se protege contra la corrupción, por ello, se debe tener una concepción bien definida del desarrollo social como derecho humano de tercera generación, de ahí que hemos decidido iniciar desde la concepción medular que conduce al desarrollo social en sociedades como la costarricense, que necesita batallar contra este cáncer que carcome las bases desde donde se ejerce el poder, que algunas veces mal utilizado nos oprime como ciudadanos, pero ante todo, como grupo colectivo.

En el siguiente tema, ubicaremos el concepto de corrupción, un término que abarca una serie de generalidades, que se considera debe verse como un concepto concreto y definido; así, una vez identificado el concepto se observa como desde el ejercicio del poder político es donde la corrupción crece y alcanza este tipo de delincuencia idónea para desarrollarse. Seguidamente, la corrupción se desenvuelve, precisamente, dentro de las entrañas del poder, para ello, nos hemos identificado con la obra de Eva Joly “La Corrupción en las entrañas del poder”, quien nos relata como la corrupción taló la estructura social de una sociedad tan desarrollada como la Francesa, esto nos ha motivado por aportar a este tema de actualidad, una percepción objetiva de la realidad social, política y jurídica de la delincuencia política en nuestro país.

Al analizar el concepto de corrupción, el bien jurídico que afecta es el desarrollo social y la política dentro del marco de acción, de este tipo de delincuencia organizada y se verá primero cuál ha sido la respuesta internacional para combatir la corrupción, específicamente, de la denominada Transparencia Internacional. Aquí, se retomarán algunos ejemplos de líderes mundiales quienes se han aprovechado de sus cargos, obtenidos en su mayoría democráticamente, para extraer las riquezas de las sociedades que confiaron en ellos su patrimonio. Del orbe, rescataremos particularmente el tema de la corrupción de una América Latina del inicios del siglo XXI, que se ha propuesto integrar al resto del mundo globalizado, sin embargo, algunos gobernantes han dado un paso atrás al vulnerar ese impulso,

apoderándose indiscriminadamente de recursos de millones de latinoamericanos, casos como los de Fujimori en Perú, Arnoldo Alemán en Nicaragua, Carlos Saúl Menem en Argentina, Carlos Salina de Gortari en México y por supuesto, el caso de los ex presidentes costarricenses.

Por último, nos concentraremos en la respuesta de la Sociedad Costarricense para combatir la corrupción, como lo es la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la Función Pública, Ley 8422 del 06 de octubre del 2004, donde se han plasmado por parte del legislador, una serie de conductas ilícitas, y por nuestro lado, nos abocaremos a la tarea de analizar esos nuevos tipos penales en nuestro ordenamiento jurídico, la política estatal en la persecución de éste tipo de delitos y la magnitud de esta conducta criminal en el desarrollo de nuestra estructura social.

Se pretende colocar sobre el foro una realidad que nos atañe a todos los ciudadanos de este país, cómo la corrupción, a modo de conducta criminal, ha ingresado en las entrañas de nuestro desarrollo social, impidiendo la consecución de proyectos sociales para Costa Rica y cuál debe ser la política de persecución criminal que necesita tomar el sistema de justicia costarricense para combatir este tipo de conducta delictiva.

1.1 ANTECEDENTES DE CONTEXTO.

El fenómeno de la corrupción ha estado presente en nuestras sociedades desde épocas muy antiguas; así por ejemplo, en el caso de Costa Rica, tenemos que sus primeros lineamientos, con los que se pretendió evitar que particulares obtuvieran beneficios del patrimonio estatal, se dan desde antes de la fundación de la República, con el decreto llamado de “Independencia Absoluta”, el que señala: *“las expresadas provincias, representadas en estas Asambleas, son libres e independientes de la Antigua España, de México y de cualquier otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo y no son ni deben ser el patrimonio de familia alguna”*¹.

Este primer intento se termina de consolidar cuando la Constitución Política de 1949, en su artículo 11, señala: *“que los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede...”*²

A partir de entonces, se parte del supuesto de que quienes ejercen el poder lo hacen de conformidad con el ordenamiento jurídico y, por ende, garantiza, a los ciudadanos, la correcta e igualitaria aplicación de ese poder; sin embargo, es más que conocido por todos que prácticamente en ningún caso es lo que sucede en la realidad.

¹ Esquivel Soto, Yara. *Control de la corrupción en el Sistema Costarricense*. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público. Número 8. Poder Judicial. Departamento de Publicaciones e Impresos. San José, Costa Rica. 2004. Pág.83.

² Constitución Política de 7 de noviembre de 1949. San José, Costa Rica. Ediciones SEINJUSA. Costa Rica.1993

1.2 JUSTIFICACIÓN.

Se pretende, en el desarrollo del tema, analizar la influencia del fenómeno de la corrupción, el cual es un flagelo que preocupa más allá del mundo jurídico como una de las principales causas que impiden, al régimen internacional de los derechos humanos, alcanzar el mayor grado de fuerza normativa posible en el conjunto social, más allá, de los sistemas de control existentes.³ Pues no se requiere de una rigurosa discusión para aceptar que los recursos económico-financieros con los que un país cuenta para el desarrollo progresivo de los derechos humanos, se ven sustancialmente disminuidos por el desvío de los fondos estatales a través de la corrupción.

Es menester abordar que uno de los mayores problemas de nuestros tiempos, es la corrupción, pues, además, de provocar una grave crisis de legitimidad de los estados contemporáneos, efectivamente, se constituye como un verdadero obstáculo para la fuerza normativa de los derechos humanos, en tanto, sus efectos tienen una repercusión directa e inmediata.

Hemos considerado que el tema Corrupción y Abuso de poder, deben conducir a una reflexión de una actualidad social, político y jurídica que nos está oprimiendo en el desarrollo social de un país como el nuestro que necesita y tiene la capacidad de lograr un desarrollo acorde con lo planteado por nuestros antepasados. La corrupción es un tema de actualidad nacional e internacional. Son

³ Riso, Guido, Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La Revolución Inconclusa. Buenos Aires Ediar, 2005, pág. 7-14

vastos los ejemplos de líderes corruptos, que han impactado las bases sociales de los diferentes países, afectando específicamente la estructura social y económica de los ciudadanos. Para el caso nuestro, con los procesos penales abiertos en estos momentos, de connotados políticos, máximos líderes de la Costa Rica de finales del siglo XX e inicios del XXI, hijos y herederos de los arquitectos de nuestro marco de desarrollo social, que están vinculados con los escándalos más grandes en la historia costarricense, es necesario unirnos con quienes han venido tratando el tema desde hace algún tiempo y ubicar dentro de esta obra algunas de las ideas que han estudiado varios de los contenidos que hoy exponemos, sin embargo, justificamos la importancia de ubicar esos argumentos dentro de una sola reflexión sobre el origen, el concepto, la relación que existe entre abuso de poder y corrupción, la respuesta internacional y la realidad costarricense dentro de la corrupción, acápite dentro del cual consideramos necesario analizar la llamada Ley Anticorrupción, los alcances de los nuevos delitos y la necesidad de crear una conciencia social sobre este tipo de delincuencia.

1.3 PROBLEMA.

¿Cuál debe ser una política criminal adecuada para combatir la lucha contra la corrupción y sus soluciones?

1.4 OBJETIVOS.

1.4.1 OBJETIVO GENERAL.

Analizar el abuso de poder como un problema que afecta el desarrollo social de las naciones y en específico: Costa Rica.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- 1.- Determinar el bien jurídico protegido en algunos de los delitos en materia de corrupción.
- 2.- Señalar la política criminal que se debe pautar para combatir los casos de corrupción y abuso de poder.
- 3.- Analizar los alcances de los tipos penales contemplados en la Ley 8422 y su aplicación práctica en la actualidad costarricense.

1.5 METODOLOGÍA.

La metodología por seguir en el presente trabajo investigativo es la que tiene como fin ampliar el conocimiento científico, sin perseguir en principio, ninguna aplicación práctica, por lo tanto, sirve para conocer la realidad de la problemática, buscar soluciones alternativas y evaluarla de acuerdo con el resultado del estudio de los objetivos planteados y el tema como tal, siendo que dentro de los tipos de investigaciones que se tienen, clasificamos

este trabajo como una *Investigación Cualitativa Descriptiva*, donde procederemos a recolectar una serie de información doctrinal y jurisprudencial en relación con las cuestiones que interesan, desarrollándolas hasta obtener una respuesta de las preguntas planteadas.-

1.6 SUJETOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN.

FUENTES DE INFORMACIÓN:

- **FUENTES PRIMARIAS:**

En nuestro caso, las fuentes de información primaria serán:

- 1) Libros de Derecho Penal y Política Criminal en materia de corrupción tanto en nivel nacional como internacional.
- 2) Revistas con artículos sobre corrupción y abuso de poder.
- 3) Jurisprudencia emitidas por las Salas de la Corte Suprema de Justicia.-
- 4) La consulta en direcciones y páginas de internet
- 5) Leyes nacionales relacionadas con el tema.-

- **FUENTES SECUNDARIAS:**

En nuestro caso, las fuentes de información secundaria serán:

- 1) Comentarios propios respecto del análisis de lo descrito en los libros, revistas y jurisprudencia.-
- 2) Comentarios sobre criterios esgrimidos por personeros del Ministerio Público y la Corte Suprema de Justicia involucrados en el tema.-

1.7 ALCANCES Y LIMITACIONES.

ALCANCES:

1) Comprobar que el tema es de actualidad en nivel mundial, el cual no es limitado por países en subdesarrollo, siendo impulsado por países en desarrollo.-

2) Determinar el impacto social de la corrupción a través de la protección del bien jurídico por tutelar.-

3) Establecer un parámetro en cuanto a la política criminal seguida en este tipo de ilícitos de corrupción.-

4) Realizar un análisis crítico de la Ley No. 8422 denominada: *“Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública”*.-

LIMITACIONES:

1) Que la Ley No. 8422 es muy reciente, razón por la cual no se tienen resultados de procesos acabados por esa Ley de la magnitud que interesan en la presente investigación.-

2) Que los asuntos de los ex presidentes en el caso de Costa Rica no se regulan por dicha Ley, los cuales aún no son resueltos por parte del Ministerio Público.-

3) Es un tema novedoso en cuanto al combate de la corrupción, la cual, si bien es cierto, siempre ha existido en diversos ámbitos a través de la historia, pero en el caso en concreto de Costa Rica, la lucha es reciente a diferencia de otros países, particularmente, América Latina: Perú, México, Nicaragua y Argentina entre otros.-

CAPÍTULO II.
CORRUPCIÓN Y ABUSO DE PODER:
REFLEXIÓN DE UNA ACTUALIDAD QUE NOS OPRIME.

2.- DERECHOS HUMANOS.

Los derechos humanos son el reflejo de las diversas luchas sociales, teniendo como objetivo primordial la mejora de las condiciones de vida de las personas, la cual se considera de suma importancia el tener claro este concepto para el desarrollo del presente trabajo, a efecto de iniciar con una visión amplia sobre las limitaciones, derechos, deberes y obligaciones en los cuales los seres humanos nos encontramos inmersos y, básicamente, cuando se trate de sujetos involucrados en las funciones públicas y donde el estado deberá ser garante y contralor de estos. Hemos decidido por cuanto hacer un repaso por el concepto de derechos humanos, su clasificación y, específicamente, partir de una concepción del bien jurídico que afecta la corrupción: el derecho humano de desarrollo social.

Las garantías que hoy se encuentran tuteladas como derechos humanos no son más que un reflejo de la realidad social vivida en determinado momento.

2.1 CONCEPTO: el concepto de Derechos Humanos surge del seno de la Organización de las Naciones Unidas, en 1948⁴ y se definen como aquellos derechos inherentes a todas las personas. Son

⁴ www.cofanic.org.ve/p-humanos-principal.htm

derechos universales, interdependientes, inalienables e imprescriptibles⁵.

Los Derechos Humanos no son ilimitados, su alcance lo define el artículo XXVIII de la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, que al respecto dice: "*los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático*"⁶.

Los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana y ésta es la razón por la cual los diferentes instrumentos internacionales que los recogen van orientados a crear las condiciones necesarias que le permitan a cada persona el pleno disfrute y desarrollo de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

2.2. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Los Derechos Humanos han sido clasificados de acuerdo con su naturaleza, origen y contenido y por la materia a que refiere.

Así pues, tendremos las llamadas Tres Generaciones de Derechos Humanos, clasificación que es de carácter histórico y que considera cronológicamente su aparición.

⁵ www.sjsocial.org. Unitted.PROM/infobasicadh/principal

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos básicos en materia de Derechos Humano en el Sistema Interamericano. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2005. Pág.25

2.2.1 -PRIMERA GENERACIÓN.

Esta primera clasificación hace referencia a los derechos civiles y políticos a los que, también, se les ha denominado "libertades clásicas" y son producto de los movimientos revolucionarios que se dieron en las diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII.

2.2.2 -SEGUNDA GENERACIÓN.

La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, y se considera que es a partir de ellos que se pasa de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho⁷.

2.2.3 -TERCERA GENERACIÓN.

Los Derechos Humanos de Tercera Generación tienen como finalidad incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de los pueblos, todo ello en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional.

También, son denominados **Derechos de los Pueblos** y surgen de la necesidad de no tutelar solamente la libertad de los pueblos, sino de ir más allá e involucrar, además, la paz social y el derecho al desarrollo, es decir, el derecho de las naciones al progreso.

Entre otros, esta categoría comprende los siguientes derechos: derecho a la libre determinación de los pueblos, derecho

⁷ www.cndh.org.mx/principal/documento/derechos/humanos.htm

al desarrollo del medio ambiente, el derecho a la paz y el derecho a desarrollo social⁸; siendo éste un punto medular dentro del tema que se viene desarrollando. Uno de los aspectos más conflictivos en relación con los derechos fundamentales es el de la eficacia de su protección respecto del poder del Estado. Si bien es cierto, es característico de las “normas abstractas” o, también, llamadas “garantías normativas”, el establecer límites al margen de actuación de los poderes públicos y su objeto es evitar que el Estado de cualquier manera despoje del contenido esencial y de la eficacia a las regulaciones de los instrumentos internacionales o de la Constitución a todo aquello que beneficie a la población, ya sea en la formulación y ejecución de políticas deficientes o negándoles el acceso a los servicios públicos. Cuando esto acontece, ya sea por acción u omisión, estaremos en presencia de un acto discriminatorio que viola los derechos de la población.⁹

2.3. DESARROLLO SOCIAL.

Tal y como se indicó supra, el Derecho al Desarrollo Social es un derecho humano que le es inherente a todas las naciones. Ahora bien, ese “*desarrollo*” es preciso no limitarlo únicamente a desarrollo económico, sino entenderlo como: “*un proceso global, económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de la población y de todos los individuos*”

⁸ Joly, Eva. Impunidad. La Corrupción en las entrañas del poder. Fondo de Cultura Económica Argentina S.A. Buenos Aires, Argentina. 2003.

⁹ Armijo Sancho, Gilberto. Democracia, Justicia y Dignidad Humana, Homenaje a Wálter Antillón Montealegre. La tutela supra constitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición 2004, San José Costa Rica., páginas 361-362.

sobre la base de su participación, activa libre y significativa y en la distribución equitativa de los beneficios que de él se derivan"¹⁰.

En virtud de lo anterior, se considera al desarrollo social como un derecho humano, ya que todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político por contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

La promoción y protección de los derechos humanos vendría a ser requisito indispensable para impulsar el desarrollo social, y de ahí, la relación existente entre ambos conceptos. Inclusive, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) dedicó su Informe sobre Desarrollo Humano 2000, precisamente, al análisis de la contribución de los derechos humanos al desarrollo humano y viceversa.

2. 4. DEL PODER HACIA LA CORRUPCIÓN: CONCEPTOS.

En un sentido clásico del pensamiento político, la corrupción era el abuso autoritario del *poder*, hasta llegar incluso a su ejercicio tiránico. Tal concepción, se expresa en la tan citada frase de Lord Acton según la cual el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente. En la actualidad, tal sentido sigue como se notará, estando confusamente presente en el discurso político, aunque predomina como referente uno de los tipos de abuso del

¹⁰ Sandoval Terán, Arielli. Reflexiones sobre grupos de trabajo sobre derecho económico, social y cultural de ALOP. México. Octubre 2002. www.alop.or.cr

poder, aquel que consiste en el enriquecimiento ilegal o ilegítimo de los políticos o, en general, de las autoridades (corrupción personal) o el favorecimiento ilegal o ilegítimo a las causas u organizaciones a las que están integrados, aunque no se beneficien personalmente (corrupción oficial), gracias a los cargos que desempeñan o sus conexiones con quienes los tienen¹¹.

En un sentido práctico, la corrupción se define como un intercambio ilegal de favores entre un miembro de la Administración Pública y un particular, mediante el cual el primero recibe una suma de dinero u otro tipo de contraprestación a cambio de una acción u omisión ilegal en beneficio del particular interesado¹².

La clásica y probablemente más citada definición de corrupción se encuentra en un texto de Joseph Nye de 1967 que lo define como: “comportamiento que se desvía de los deberes formales asignados a la función pública, debido a la búsqueda de beneficios privados (personales, familiares, de amigos o socios), pecuniarios o de estatus; o que viola las reglas en contra del ejercicio de cierto tipo de búsqueda de ganancias personales”.¹³

Como se puede observar, una de las principales dificultades es que los componentes básicos de la definición de corrupción, también, carecen de consenso y no tienen un único significado. Así, los autores que intentan una definición de corrupción empiezan aceptando esas dificultades y coinciden en que hasta

¹¹ http://www.iidh.ed.cr/siii/index_fl.htm

¹² García Méndez, Emilio. El problema de la corrupción: una revisión latinoamericana. Revista ILANUD. Número 21-22. Junio-Diciembre 1987. San José, Costa Rica. Pág. 57

¹³ Villarreal Fernández, Evelyn. Situando la corrupción política en Costa Rica en un debate más amplio. Undécimo Informe sobre el Estado de la Nación en desarrollo Humano Sostenible. Octubre 2004

ahora los conceptos existentes tienen una función operativa no teórica.

La Corrupción política es generalmente mejor entendida como un fenómeno de extensión ilegítima del comportamiento político que presenta problemas de cantidad, cuando la corrupción es llevada al exceso; y de calidad, cuando ésta envuelve actividades inaceptables por la legislación local o internacional o relevantes formadores de opinión.

“Es el desvío del poder público para beneficios privados: hacer pago indebidos a un funcionario público, aceptar estos pagos, etc.”
Transparency Internacional (Transparencia Internacional, 2004)¹⁴

A partir de los conceptos expuestos de corrupción, se afirma que su característica fundamental es el ejercicio furtivo del poder, pero en todos los casos ese beneficio se concede con apariencia de legalidad.

La corrupción no implica solamente la apropiación de aquello que se administra para el resto, sino también, conlleva la deslealtad¹⁵ y consecuentemente, el deterioro de cualquier supuesto ético.

Así, los postulados éticos deberían constituir una barrera ante cualquier intento de corrupción, sin embargo, es más que evidente la fragilidad de estos cuando se trata de obtener beneficios personales gracias a la posición de poder en que se encuentra determinado funcionario. Los valores éticos - cuando de corrupción se habla - quedan reducidos al plano social y de

¹⁴ Transparencia Internacional, Informe de Corrupción Mundial 2004, Londres, Reino Unido, 25 de marzo de 2004.

¹⁵ Sabán Godoy, Alfonso. El Marco Jurídico de la Corrupción. Editorial Civitas S.A. Madrid, España. 1991

ninguna forma se van a considerar supuestos verdaderamente sólidos para combatirla.

El poder y la corrupción son dos fenómenos que siempre se van a presentar en forma conjunta, de esa manera se ha logrado definir que la corrupción representa el uso encubierto del poder jurídicamente formal con fines diferentes a los que en su creación le fueron encomendados.

2.5.- LA CORRUPCIÓN EN LAS ENTRAÑAS DEL PODER¹⁶.

La relación entre corrupción y *política* es mucho más profunda de lo que quisiéramos y ¿Los políticos estarían dispuestos por admitirlo? En primer lugar, no hay que perder de vista que la corrupción no sólo es una acción más o menos consagrada como delictiva, sino también, un importante medio de influencia *política* con manifiestas ventajas respecto de la pura persuasión, por un lado, y la coerción por otro¹⁷. En el fondo, los actores políticos, sobre todo en los casos de corrupción oficial y no personal, casi nunca están dispuestos a renunciar completamente a esta forma de influencia. Si esto rige para la *política* interna es de figurarse con cuanta mayor razón se aplicaría al ámbito internacional y a situaciones en las cuales no son simples operaciones comerciales las que están en juego, sino también, luchas de *poder*, donde cada estado, en el mundo de la *competitividad* y la globalización, tiende a identificar su interés con el de sus empresas, máxime si se trata de negociaciones sobre

¹⁶ Título del Libro: Impunidad. La Corrupción en las entrañas del Poder de Eva Joly.

¹⁷ La Corrupción. http://www.iidh.ed.cr/siii/index_fl.htm

armamentos y otras ramas similares donde entran en juego enormes sumas de dinero. Pese a ello por separado, es imposible desconocer la dimensión ética, porque en la *política*, también, operan argumentaciones y se emprenden acciones que no pueden ser comprendidas si no se tienen en cuenta valores que los actores postulan como absolutos e incondicionados por contraposición a argumentaciones y actuaciones fundamentadas en filosofías puramente utilitarias. En la actualidad, en el campo de los derechos humanos y cada vez más en materia ecológica y de conservación del medio ambiente, se manejan posiciones éticas que van más allá de cálculos de costos y beneficios. Por lo tanto, pese a toda la dificultad que para regular la corrupción deriva de su conexión con la *política*, se trata, también, de un asunto donde tiene mucha fuerza y hasta predomina la posición de que debe ser perseguida y reprimida independientemente de los costos que ello acarree. Este predominio comporta que el cinismo político tiene que replegarse vergonzosamente y no esgrimir sus argumentaciones o tropezar con mayor resistencia que en otras épocas, lo que ha dado pie para hablar de que los escándalos no revelan una crisis moral, sino más bien, la elevación de los patrones de moralidad, pero no significa que en contra de la corrupción no se alegue que es dañina ya sea para el comercio internacional o para el desarrollo de los países, pero estos argumentos sólo refuerzan un rechazo principista que les da mayor vigor del que tendrían por sí solos.

De igual forma, es innegable que la corrupción encuentra el ambiente propicio para arraigarse en la relación Poder-Gobernante,

constituyéndose ésta en el aspecto político de la corrupción, la cual se reafirma con lo siguiente: *"El Estado no ha de ser sino el administrador de las necesidades comunes, y el hecho de que éstas se extiendan a esferas cada vez más amplias, no puede desvirtuar su carácter de administrador"*.¹⁸

En cuanto a la relación comercio -desarrollo -corrupción; tenemos que el comercio es un agente a través del cual los Estados obtienen el desarrollo económico y social que tan afanadamente buscan. Es un factor absolutamente esencial para cualquier sociedad.

Ahora bien, esa prosperidad y esa libertad de comercio deben darse dentro de un ámbito de legalidad y de igualdad de condiciones entre quienes tengan o pretendan tener una relación comercial con el Ente Público, pues en el momento cuando el Estado conceda ciertas prerrogativas a unos, en detrimento de los otros, la corrupción se hará presente.

Los Estados y los diversos Organismos Internacionales han creado mecanismos y normativa jurídica dirigida a la lucha contra la corrupción. Si bien, estas normas no han logrado del todo los objetivos para las que fueron creadas, es necesario hacer referencia a ellas.

*La Declaración de Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales*¹⁹ señala que es fundamental movilizar inversiones, recursos financieros, tecnología a través de las fronteras con el objetivo de promover el

¹⁸ Risso, Guido, Op. Cit. nota 3. pag. 101-102

¹⁹ Relación Criminológica. Documento. Órgano divulgativo del Instituto de Investigaciones Penales y Criminológicas. Número 6. Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Valencia -Venezuela. Años 1997-1998.

desarrollo económico y social de las Naciones. De igual forma, resalta la importancia de que estas transacciones comerciales internacionales ocurran con la observancia de las leyes, desde el concepto de responsabilidad social y sin detrimento de las normas éticas. Todo dirigido al efectivo desarrollo social de las naciones y no solamente en beneficio de algunas empresas privadas o funcionarios públicos.

Las transacciones comerciales internacionales, para que no se conviertan en blanco fácil de la corrupción, deben darse dentro de un ambiente de transparencia, responsabilidad y estar dirigidas a mejorar el entorno comercial de una Nación o de un pueblo, asimismo, asegurar su crecimiento.

Por otra parte, se han determinado tres niveles de la corrupción de las políticas: la corrupción de las políticas, la corrupción de la política y las políticas anticorrupción.²⁰

Los continuos hallazgos de corrupción en diversas acciones y políticas estatales -en salud, educativas, infraestructura, inversión pública, entre otros- evidencian el anverso de la moneda, esto es, que no solamente hay un resultado decadente en la confianza ciudadana hacia los gobernantes, sino que las mismas políticas públicas sufren una alteración indebida en los propósitos que les impulsaron oportunamente.

La corrupción aflora cuando los funcionarios combinan su poder monopólico con una alta discrecionalidad y una débil responsabilidad ante sus superiores. Si el uso indebido de los recursos -públicos o privados- es la norma desde la cual se

²⁰ Abarca Rodríguez, Allan. De la corrupción de las políticas públicas a las políticas anticorrupción. Revista Parlamentaria: Volumen 11, número 2, Agosto 2003. páginas 255-256

desarrolla la corrupción, es normal pensar que en la ejecución de las políticas reside la mayor falla que acusan los actos de omisión o comisión.

En su despliegue espacial, la corrupción puede ser abordada tanto en su 'dimensión política' o 'dimensión técnica' como en su 'dimensión vertical' o 'dimensión horizontal'.²¹ Pero, en el ámbito analítico se le puede enfocar desde dos puntos de vista: en primer lugar, como un fenómeno que le resta eficacia y eficiencia al propósito de la formulación de las políticas públicas y, en segundo lugar, desde el punto de vista que sugiere el establecimiento de mejores políticas que favorezcan los mecanismos de vigilancia y de control.

El incesante reclamo público -de grupos interesados, empresas privadas, organismos internacionales y medios de comunicación-de alguna manera, ha influido en dos repercusiones: el descubrimiento de los controles y la búsqueda de mecanismos alternativos más ágiles.

La buena, pero incompleta misión de burócratas, políticos y técnicos en la elaboración de políticas nos alerta que en las mismas políticas se dan los gérmenes que facilitan que no tengan la efectividad requerida.

La consecución de actos corruptos ha sido reconocida en redes en la consolidación de favoritismos²², la cual ha incitado la diferenciación entre 'corrupción gris' y 'corrupción negra', la primera para indicar la que impulsa la captación de fondos indebidos con

²¹ Idem 20.

²² Eva Joly alerta sobre esas redes en el caso de la Petrolera Elf a nivel político en Francia.

propósitos electorales, y la segunda, como el resultado o interés del lucro con carácter más personalizado o individual.

Esas formas de corrupción 'grises' y 'negras', se llegan a infiltrar en las capas burocráticas para añadir la denominada 'corrupción de cuello blanco', lo que ha facilitado el enlace entre: la emergencia y consolidación de políticas de transferencias de competencias (Ejemplo: Licitaciones de la Caja Costarricense de Seguro Social en el caso Caja-Fischel), ligadas a prácticas de soborno desde diversas latitudes.

2.5.1 EXPANSIÓN DE LA CORRUPCIÓN:

Si bien, Gunnar Myrdal -Premio Nobel de Economía- denunciaba en los setentas la carencia de investigaciones en un tema que más bien parecía tabú, es en el transcurso de las décadas posteriores que ocurren dos situaciones relevantes, en primer lugar, la fructífera aparición de contribuciones científicas sobre la incidencia de grados alarmantes de cinismo en la conducción del Estado y en segundo lugar, el surgimiento de una suerte de posiciones encontradas sobre la posible correlación de la corrupción con el desarrollo económico.

Así, la modalidad de que la corrupción residía con características dictatoriales o socialistas, fue superada, en primer lugar, a la cada vez más amplia percepción que auspicia la participación y vigilancia de los ciudadanos y grupos sociales sobre los asuntos públicos; en segundo lugar, por la creciente y ágil

respuesta de los medios de comunicación en el seguimiento del control político y el quehacer público y en tercer lugar, por los cambios inducidos por el Estado y su relación con los asuntos económicos.

Sobre este último aspecto es preciso indicar que las transformaciones inducidas por la denominada 'nueva administración pública' y la intervención estatal actual, ha diversificado no solamente las formas como las agencias estatales se vinculan con el Sector Privado, sino también, el diseño de mecanismos de vigilancia para con el adecuado uso de los recursos y del comportamiento de quienes son depositarios de funciones de interés público y social.

Con la operación de organizaciones complejas o estratégicas sobresale la inquietud de cómo introducir orden o al menos evitar el desorden financiero y la ineficiencia. Uno de los tantos diseños creados en el ámbito burocrático ha sido las oficinas o dependencias fiscalizadoras. De esta manera, los lineamientos fundamentales de cómo tomar las decisiones, cómo organizar la contabilidad y el cómo relacionarse con el Sector Privado, tratan de evitar la confusión de tantos niveles y personas tomando decisiones constantemente.

Así pues, como se analizará más adelante, se deben reforzar la eficiencia política y la correcta utilización de los bienes y servicios públicos, ello en sustancial auxilio para el combate de la corrupción.

2.6.- VISIÓN INTERNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN.

Los políticos saqueadores y las multinacionales que sobornan perjudican el desarrollo económico, afirma Transparencia Internacional. El nuevo Informe sobre Corrupción Mundial 2004 de Transparencia Internacional²³, diagrama el flujo de valores robados, recomienda maneras de recuperar el dinero saqueado y establece nuevas Normas sobre Finanzas y Favores Políticos.

Peter Eigen, presidente de Transparencia Internacional, al presentar el Informe de Corrupción Mundial 2004 (GCR 2004) dijo: "La corrupción política perjudica la esperanza de prosperidad y estabilidad en los países en vías de desarrollo y hace daño a la economía mundial. El abuso del poder para lograr ventajas políticas afecta a quienes pagan impuestos y a los tenedores de acciones corporativas en todo el mundo y niega a los más necesitados los servicios públicos básicos, creando un grado de desesperación que genera conflicto y violencia. El problema debe ser abordado a nivel nacional e internacional".²⁴

Este informe, agregó Eigen: "Es un llamado a la acción para incluir en la gobernabilidad la integridad y la rendición de cuentas, frenar el soborno por parte de las empresas multinacionales y reducir el flujo de valores robados hacia cuentas en bancos extranjeros en Occidente".²⁵

Afirma el presidente de Estados Unidos Jimmy Carter, en el preámbulo del GCR 2004: "Las democracias ya no pueden tolerar el

²³ Normas de Transparencia Internacional, Informe de Corrupción Mundial 2004, de Transparencia Internacional, Londres, Reino Unido, 25 de marzo de 2004.

²⁴ Normas de Transparencia Internacional, Op cit. 23

²⁵ Transparencia Internacional es la principal organización no gubernamental encargada de combatir la corrupción en el mundo

soborno, el fraude y la deshonestidad, en especial porque esas prácticas lastiman desproporcionadamente a los pobres".

El GCR 2004 detalla los fondos que supuestamente defraudaron líderes políticos en las últimas dos décadas. Se calcula que durante su deficiente administración, Mohamed Suharto, presidente de Indonesia entre 1967 y 1998, robó entre US \$15.000 y US \$35.000 millones, en un país donde el producto interno bruto (PIB) per cápita es de alrededor de US \$700. Suharto encabeza la lista de los políticos corruptos²⁶. "La corrupción política les niega a millones de personas los servicios de salud, educación y las perspectivas de un futuro sostenible".²⁷ "La lucha contra la corrupción requiere una voluntad política firme al más alto nivel, y no solamente en los países que se recuperan del legado de Moi, Suharto, Duvalier o Abacha".²⁸

En el Informe de Corrupción 2004, se indica que tiene que haber un compromiso por parte de los gobiernos de aplicar la Convención de la Unión Africana para Combatir y Prevenir la Corrupción y la Convención Contra la Corrupción de las Naciones Unidas, en particular, las medidas para frenar el flujo externo de los bienes robados por las élites corruptas hacia cuentas en bancos extranjeros. El pago de sobornos es un delito contra la humanidad, un hecho demostrado por el legado de pobreza y desconfianza que dejan los políticos corruptos, es un golpe directo al desarrollo social de cada nación, además, las instituciones financieras multilaterales y los gobiernos de primer orden mundial deben trabajar con los

²⁶ Ver cuadro elaborado por Transparencia Internacional, página 28.

²⁷ Presidente de Transparencia Internacional en Zimbabwe John Makumbe, al presentar en Londres el GCR 2004 de Transparencia Internacional.

²⁸ Op. cit. 27

países en vías de desarrollo que demuestren la voluntad política de combatir la corrupción, para asegurarse de que esta voluntad pueda concretarse. Los países deben insistir en una adecuada vigilancia, por parte de la sociedad civil, sobre la gobernabilidad en los países beneficiarios.

Esta visión internacional de la corrupción nos debe permitir la creación de normas que se incluyan en la legislación de los diferentes países sobre conflicto de intereses, que sea revisada, independientemente, de los ingresos y gastos de los partidos. Como recientemente se dio en Costa Rica con el Partido Unidad Social Cristiana²⁹, se recomienda que deba incluirse una base clara y específica de la financiación diversificada, acceso imparcial a los medios informativos y disposiciones para que la sociedad civil supervise la financiación política.

La atención especial del GCR 2004 en la corrupción política incluye informes de expertos sobre la regulación de las finanzas políticas, la presentación del flujo de dinero hacia la política, y la repatriación de riquezas saqueadas por los políticos. Dos casos de estudio en la industria, los sectores de armamentos y petróleo, demuestran el papel del Sector Privado en el aporte de fondos a políticos corruptos.

El GCR 2004 incluye valoraciones detalladas del estado de la corrupción con informes sobre 34 países, análisis de recientes acontecimientos regionales y mundiales, entre ellos: la Convención de la ONU contra la Corrupción, y el impacto de la ampliación de la Unión Europea sobre la corrupción. El Informe, también, comprende

²⁹ El ex tesorero del PUSC Fernando Guardia espera nuevo debate, por cuanto se le atribuye mala administración de los fondos del Partido.

los hallazgos de recientes investigaciones sobre la corrupción y la manera de combatirla.

2.7.- CORRUPCIÓN EN AMÉRICA LATINA.

La corrupción ha estado presente en Latinoamérica, desde épocas coloniales, cuando los gobernantes absolutos consideraban a los reinos conquistados como patrimonio personal.

En nuestros días, la corrupción latinoamericana es más que evidente. Es difícil señalar un país que no se haya visto envuelto en un escándalo de corrupción en mayor o menor grado.

Para *Elias Neuman*, otro problema que se agita en América Latina es el de la corrupción. No existen leyes específicas o son de una liviandad y lasitud enervante para responsabilizarlos penalmente. Eso se conoce de antemano y, también, lo saben los corruptos: se trata de la dificultad en sede judicial comprobar los delitos, aunque éstos se conocen y se sufren. De ahí, que resulte demagógico y sospechable pedir al pueblo que presente pruebas y que no acuse sin tenerlas en las manos. Pruebas que, en el peor de los casos, terminan siendo irrelevantes para la justicia.³⁰

El aparato público no puede asegurar el progreso social y el desarrollo de condiciones más humanas de vida, mientras algunos funcionarios y autoridades actúen deshonestamente con la única finalidad de enriquecerse. Tampoco, es posible una correcta actividad empresarial en un contexto de podredumbre institucional.

³⁰ Risso, Guido. Op. Cit. 3.

Es precisamente en ese modelo jurídico donde la corrupción halla campo propicio para desarrollarse impunemente y corroer aquello que alcanza. En lo que ahora nos interesa, la capacidad económica-financiera del estado, necesaria para asegurar la plena efectividad y validez de los derechos humanos.

La corrupción ha generado inestabilidad política, económica y social y con ello, lo único que se ha conseguido es el estancamiento de las economías. Inclusive, economías sólidas como las de Argentina y Venezuela han visto como se derrumban sus bases gracias a la corrupción.

Emilio García Méndez, al hacer referencia a la corrupción en Latinoamérica señala: "...no pudiendo romper con buena parte de la normativa jurídica liberal, las clases económicamente dominantes se enfrentan a la necesidad de crear estructuras informales de poder, de modo tal, que el proceso de acumulación encuentre su correspondencia de hecho, evitando o neutralizando las trabas políticos - formales que se le oponen...", en sus propias palabras la riqueza se utiliza para adquirir privilegios políticos y legales, por su parte los funcionarios utilizan su poder para adquirir riquezas.³¹

El periódico The New York Times, en su publicación del día 6 de agosto del 2005, hace un reportaje sobre como ha calado la corrupción en América Latina.³² Al respecto señala: "... con economías algunas vez cerradas que se abren y ganancias corporativas a niveles récord, las oportunidades de corrupción y soborno son mayores que nunca..." Y en alusión al problema que

³¹ Risso, Guido. Op. Cit. 3.pág 59

³² Rother, Larry; Forero, Juan. El poder del dinero sobre la moralidad. The New York Times. 6 de agosto del 2005.

representa la corrupción para la democracia, continúa diciendo este diario:" escándalos recientes... involucran corrupción no solo para el enriquecimiento personal, sino también, para obtener y aferrarse al poder indefinidamente, con lo que se amenaza a las propias instituciones democráticas"

La gran mayoría de los gobernantes latinoamericanos llegan al poder con promesas de combatir la corrupción, sin embargo, todos caen en las mismas redes de corrupción y sobornos. Así, por ejemplo, se cita Brasil cuyo gobernante está acusado de pagar sumas millonarias a los diputados a cambio de su apoyo. En Perú, familiares de Alejandro Toledo están acusados de utilizar sus influencias en beneficio personal. El caso del ex -presidente Alemán en Nicaragua³³, entre otros; sin dejar fuera a nuestro país que, como bien es conocido, enfrenta uno de lo más grandes escándalos de la historia en donde se involucran dos ex presidentes en casos de corrupción.³⁴

Como vemos, la corrupción es un mal que va más allá de un enriquecimiento obtenido gracias al favorecimiento de quienes ejercen el poder; su dimensión es mucho más amplia y, por ende, la gravedad del daño que produce es mayor para la Nación, víctima de ella; en el tanto, su crecimiento se verá estancado, representando el mismo una violación al Derecho al Desarrollo Social y, por lo tanto, una violación a los Derechos Humanos.

³³ Normas de Transparencia Internacional, Informe de Corrupción Mundial 2004, de Transparencia Internacional, Londres, Reino Unido, 25 de marzo de 2004.

³⁴ Expediente 04-053556-042-PE, que se sigue en la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Tributarios. Ministerio Público, Costa Rica.

2.8.- PROYECCIÓN DE UNA POLÍTICA CRIMINAL CONTRA LA CORRUPCIÓN Y SOLUCIONES.

Se puede indicar desde una proyección positiva que existe interés en conocer sobre el tema de la corrupción y buscar soluciones que involucren a todos los sectores, donde la necesidad de que el Sector Privado se comprometa activamente en la lucha contra la corrupción, poniendo en práctica programas basados en los principios empresariales ante sobornos, así mismo, en el Sector Público, la necesidad de hacer un llamado a los diputados de la Asamblea Legislativa para que orienten sus mejores esfuerzos en conocer proyectos de ley que nos vengán a servir como herramientas efectivas para la lucha contra la corrupción de manera paralela con la ley 8422, como por ejemplo, la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y una urgente reforma del sistema de financiamiento de los partidos políticos³⁵ y otros medios que se evalúan a continuación.

Hay que tomar en cuenta que una condición de cero corrupción desde un punto de vista económico es deseable, mas no - en todo caso-, un anhelo susceptible de conquistar mediante políticas. Efectivamente, el costo de eliminar la corrupción es válido hasta el punto donde el beneficio sea igual a cero; esto es así ya que medidas tendentes por combatir conductas corruptas muy extendidas horizontalmente en una institución X podrían resultar más onerosas que los mismos actos indebidos que se impiden realizar.

³⁵ Salazar Cambroner, Roxana. *Corrupción: Una visión desde la Sociedad Civil* Acciones Efectivas en la lucha contra la Corrupción. Transparencia Internacional de Costa Rica, primera edición San José, Costa Rica, 2004

Varios ejemplos corroboran la idea:

- a) El costo de un sistema electrónico de monitoreo de llamadas telefónicas en una institución pública puede resultar bajo para lo altamente beneficioso en la atenuación y la detección de abusos de este servicio.
- b) Un sistema de televisión en circuito cerrado en cada aula de una universidad pública con el objeto de disminuir una creciente pérdida de tiza de los salones de clase puede disminuir a cero los hurtos, pero a un costo que sobrepasa exponencialmente las mismas pérdidas originales.
- c) El diseño de auditorías y la instalación de un sistema de control digital puede ser muy costoso, pero si se efectúa en una institución donde son conocidas redes que trafican con permisos de conducir sin necesidad de efectuar pruebas o en alguna institución donde la facilidad de cambiar el nombre del propietario de un activo fijo sea indetectable, bien vale la pena lo costoso de los mecanismos de combate a la corrupción.

Esto ratifica la importancia de clasificar debidamente el tipo de corrupción a la que se hace señalamiento en cada ocasión y, por lo tanto, la necesidad de obtener indicadores acerca de:

- La complejidad organizativa y frecuencia sistemática con la que se dan los actos de corrupción.
- Los costos económicos que producen tales actos.

- Costo de oportunidad (respecto de otras políticas y metas sociales, económicas o financieras inhibidas).

La previsión y el combate a las manifestaciones corruptas exigen reformas políticas y estrategias específicas de control. Se tiene claro que la renovada concepción del Estado se asienta sobre nuevas instituciones, nuevos campos de intervención o nuevas herramientas para los negocios y la vida en general, lo que debe exigir que las políticas deban incluir la previsión de los tejidos suficientemente protectores para darle el carácter de la más alta inmunidad posible.

Los reiterados discursos anticorrupción alimentan la noción de que 'nada se hace y poco se puede hacer', ya que el énfasis se pone en el carácter de la conciencia de los nombrados o en la corresponsabilidad de los gobernados para denunciar actos de corrupción, cuando siquiera estos últimos tienen garantías mínimas de protección o incentivos para hacerlo. Es allí, donde reside la falacia técnica de esos llamamientos en pro de la decencia y ética pública para con el manejo de los recursos del Estado.

Una perversa recurrencia atraviesa el diseño de las políticas públicas, éstas se evidencian en los oscuros propósitos que las impulsan. Así, es común: la omisión intencional de publicitar mecanismos de decisión e información relativa a la política o acciones adoptadas, la limitada autonomía de los cuerpos que asesoran o de los supuestos 'tomadores de la decisión', la hechura de políticas con reglas en las cuales se advierte a priori su resultado, el marco ideológico y lealtades políticas o empresariales, la poca

importancia dada a las reglas de control, y la ausencia de mecanismos para la rendición de cuentas en los diversos niveles burocráticos y políticos.³⁶

La poca o nula efectividad de las políticas es un resultado previsible sobre todo en aquellas políticas donde prima el largo plazo. Las distorsiones son tan variadas que se desbordan hasta la afectación de los recursos económicos, los encarecimientos de bienes y servicios, mayores trabas o lentitudes para el acceso a los servicios, y el germen y la reproducción de estructuras ilícitas adheridas a las paredes de la función pública.

Se considera que las políticas o medidas anticorrupción deben tomar en cuenta los siguientes elementos:

- a) el tipo de organización afectada (descentralizada, desconcentrada, ministerial),
- b) el nivel jerárquico y extensión en la que se expresa (horizontal o vertical),
- c) el tipo de funciones que afecta (compras, concesión, permisos, presupuesto)
- d) el número de funcionarios afectados,
- e) la frecuencia con que ocurre (eventual o sistemática)
- f) la organización que requiere para su ejecución (redes de operación, acción individual).

La diversidad en las características de la corrupción es imprescindible para llegar a la precisión de su extensión y profundidad, ello con el objeto de diseñar las medidas o acciones

³⁶ Abarca Rodríguez, Allan. Op. cit 20.

acordes con la magnitud que le causa al desarrollo social de la nación.

De esta manera, la corrupción ataca diversos niveles, servicios, bienes y agentes en variadas circunstancias, todo ello por medio de extorsiones, el tráfico de influencias y el manejo de información, -en principio, confidencial. Así, no es lo mismo la corrupción que se da en ventanilla para agilizar algún trámite ante el olvido de un documento -como la copia de la cédula- o simplemente obviar ciertos -. requerimientos mínimos -por ejemplo, en agencias donde se deciden concesionar obras multimillonarias.

Se entiende que los monitoreos exhaustivos en las acciones de la función pública son imposibles de ejecutar, además de que los costos por evitar los actos corruptos pueden exceder los posibles beneficios. No obstante, son a veces esos exagerados controles mínimos o inexistentes, -o las políticas germinadas al calor de la buena intención, pero con poca previsión de sus repercusiones-, las que alientan la multiplicación de los hechos anómalos.

En estas circunstancias, los mecanismos de rendición de cuentas para aumentar el control, más la posibilidad de diseñar instancias donde las denuncias sean seguidas con discreción y protección al denunciante, concuerdan con una visión de la moderna administración pública que persigue tanto el no freno de la modernización del aparato público como de auspiciar situaciones de encuentro entre mercado y estado, pero con los debidos sistemas de control.

La lucha frente a la corrupción requiere una amplia gama de actividades y políticas tales como:

- a) Foros de consulta popular.
- b) Profesionalización de los servicios públicos.
- c) Someter a revisión periódica los mecanismos de medición y evaluación de resultados.
- d) Difundir información a usuarios o clientes de servicios públicos.
- e) Multiplicar y evaluar constantemente las oficinas de quejas.
- f) Particular programas de simplificación de trámites.
- g) Promover la 'cultura de la queja'.
- h) Multiplicar los medios para la captura de quejas y denuncias de corrupción asegurando al denunciante el seguimiento de su queja.
- i) Hacer obligatoria -en obras públicas- la rendición de información relativa a oferentes adjudicatarios.
- j) El desarrollo de capacitaciones propias para el ejercicio de las funciones que se vayan a desempeñar.

En cuanto a la participación de la sociedad civil en la corrupción, la 'Defensoría de los Habitantes' debe tener una amplia participación, ejerciendo programas de contraloría social, con el objetivo primordial de señalar errores, omisiones, malos manejos y recomendaciones, que deriven tanto en allegar información a quien merezca o le es pertinente que la tenga como para difundir aquellas situaciones o actuaciones de funcionarios o redes institucionales que afecten o violenten las encomiendas del ciudadano.

Como corolario de lo anterior se derivan observaciones muy útiles:

- a) La búsqueda de recompensas corruptas por un funcionario depende, también, de la dignidad que le reporte su salario; por eso, la selección del personal debe ser cuidadosa, meritoria e incluir instrucciones sobre algunos aspectos relativos a su honestidad y responsabilidad.
- b) Cuanto más alta es la posibilidad de la detección, el funcionario o político será inversamente proclive al acto corrupto, ya que la información asimétrica es menor y el 'principal' tendrá mayor juicio.
- c) Publicitar los actos corruptos impactará más la conciencia de los funcionarios y políticos, les reforzará la capacidad de valorar con mucho mayor raciocinio su tendencia al acto indebido.
- d) Los incentivos -tanto negativos como positivos- diluyen o aminoran el síndrome de la corrupción.

Ya que las sanciones deben ir más allá de la noción de multas económicas y sanciones individuales, es menester multiplicar los agentes evaluadores, los inspectores y los auditores, conjuntamente con la capacitación de los funcionarios sobre lo que no deben hacer y el porqué es beneficioso delatar. Así, lo peor que le puede ocurrir a un sistema social es cuando el ciudadano común incorpora los actos de corrupción como parte de su cotidianidad y, por lo tanto, que se vuelva parte del sistema de vida.

Los esfuerzos coordinados son importantes para combatir las múltiples dimensiones de la corrupción, es decir, las que ocurren en el ámbito horizontal o vertical y las que implican la provisión o compra de bienes y servicios de parte de agencias estatales, así

como de las empresas privadas comerciales que tengan vínculos con el Estado.

Particularmente, los convenios entre el Sector Público o entre agentes públicos y privados, originan intereses compartidos en el ámbito de las contrataciones, compras y permisos. Si bien, existen críticas generalizadas sobre la necesidad de reducir la discrecionalidad en la actividad pública, también, algunos estudios económicos demuestran que a veces restar la discreción a funcionarios públicos de alto nivel, -a la hora de efectuar contrataciones-, es dañino en virtud de la incertidumbre reinante en algunos proyectos estratégicos.

La primera línea de defensa frente al germen de la corrupción debe iniciar con los mecanismos internos de la institución; allí se deben conjugar dos elementos para impedir la impunidad: a) la contratación y puesta en vigilancia de honestos y efectivos supervisores y auditores y, b) Normas éticas, reglas de operación y conducción claramente definidas.

Con base en lo anterior, se ha justificado la necesidad de establecer objetivos y estrategias para la prevención de la corrupción, como nueva forma de delinquir.

Los Estados y los diversos Organismos Internacionales han creado mecanismos y normativas jurídicos dirigidos a la lucha contra la corrupción.

La Declaración de Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales señala que es fundamental movilizar inversiones, recursos financieros, tecnología a través de las fronteras con el objetivo de promover el

desarrollo económico y social de las Naciones, pero de igual forma, resalta la importancia de que estas transacciones comerciales internacionales ocurran con la observancia de las leyes, desde el concepto de responsabilidad social y sin detrimento de las normas éticas, todo ello dirigido al efectivo desarrollo social de las naciones y no solamente en beneficio de algunas empresas privadas o funcionarios públicos.

Las transacciones comerciales internacionales, para que no se conviertan en blanco fácil de la corrupción, deben darse dentro de un ambiente de transparencia y de responsabilidad, además, estar dirigidas a mejorar el entorno comercial de una Nación o de un pueblo, asimismo, asegurar su crecimiento.

2.8.1 Estrategias de una política criminal:

Tal y como ha sido el llamado de muchos, la corrupción es una gran injusticia, provoca pérdida de riquezas en los países; favorece la formación de bolsas de dinero negro y de remuneraciones paralelas a la cúpula de grandes empresas y destruye la confianza necesaria para la vida económica. En la normativa internacional que se ha levantado para combatir el abuso del poder y la corrupción, es claro el panorama de la injusticia acaecida por la burla de los políticos hacia el sistema de justicia y hacia la oportunidad de todos de crecer por igual.³⁷

³⁷ Joly, Eva. Impunidad. La Corrupción en las entrañas del poder. Fondo de Cultura Económica Argentina S.A. Buenos Aires, Argentina. 2003.

La corrupción no es más que una presión del desarrollo social costarricense, ejemplo de ello son las investigaciones que lleva a cabo el Ministerio Público contra los dos ex presidentes de Costa Rica y algunos de sus más cercanos colaboradores. Es una realidad mundial, a la que nuestro país, no ha podido verse alejado de las conductas delictivas que más afectan nuestro panorama de desarrollo social. La relación de corrupción como conducta criminal que afecta el derecho humano de desarrollo social es innegable.

En el caso costarricense, se carece de datos estadísticos de cómo el beneficio otorgado a esas empresas transnacionales, de la cual parte de nuestra clase política ha recibido en sus bolsillos millones de dólares, ha repercutido en el desarrollo de las estrategias de proyección social del Instituto Costarricense de Electricidad y la Caja Costarricense de Seguro Social. Que más palpable, a pesar de la carencia estadística, que las crisis de ambas instituciones en estos momentos tan trascendentales, para el desarrollo social de un pueblo, en donde los beneficiados son muy pocos y los desprotegidos muchos.

Igualmente, se ataca a los últimos tratados internacionales sobre comercio, como la cuna de beneficios económicos recibidos por parte de los directores de empresas y gobernantes, mientras que la globalización ha permitido la libre circulación de capitales, la justicia financiera queda limitada por fronteras que no existen para los delincuentes. La soberanía de ciertos estados bancarios protege, de manera deliberada la opacidad de los flujos delictivos. Lógicamente, los beneficiarios de la gran corrupción no hacen nada

para mejorar la situación. Se debe tener claro, que no se pueden atacar las nuevas necesidades de los países, de suscribir convenios de libre comercio, que permiten precisamente una mejora en nuestro derecho humano reconocido de desarrollo social, sin embargo, es indiscutible que dicha globalización ha permitido el surgimiento de conductas delictivas que afectan bienes jurídicos de desarrollo de las naciones con los mismos principios que dieron origen a la sociedad, como la necesidad de los individuos de unirse en búsqueda de un bien común.

Al respecto, se han propuesto medidas en Foros Internacionales donde se ha tratado la lucha contra la corrupción multinacional, resumiendo algunos de la siguiente manera³⁸:

- 1.- Se debe penalizar como delito el ofrecimiento, la promesa o la entrega de un pago a funcionarios públicos extranjeros y a los agentes privados con el fin de promover, conseguir, realizar o garantizar un acuerdo mercantil.
- 2.- Se debe aceptar además que cualquier jurisdicción que corresponda a los Estados partes que firman los respectivos convenios es competente para juzgar los delitos de corrupción.
- 3.- Se deben derogar las normas nacionales existentes en algunos países que permiten la desgravación impositiva de los pagos de sobornos a funcionarios públicos extranjeros.
- 4.- El deber de comprometerse por mejorar las exigencias respecto de los sistemas contables y de control de las actividades mercantiles entre las naciones.

³⁸ Malem Seña, Jorge F. Corrupción: Una visión de la sociedad civil. Corrupción en las Relaciones Comerciales Internacionales. Páginas 24-25.

5.- Se deben tomar medidas necesarias para que el secreto bancario no sea un obstáculo para la investigación de este tipo de ilícitos.

6.- Mantener un fluido intercambio de información, entre los estados firmantes, de los diversos acuerdos sobre el modo de operar de sus principales agentes comerciales y sobre los casos de corrupción descubiertos e investigados.

7.- El tener una mayor publicidad en todas las transacciones mercantiles (Transparencias de los sistemas de licitación o de contratación pública).

8.- Introducir en algunos documentos jurídicos que los acuerdos logrados por medio de actos de corrupción, puedan ser anulados y los involucrados ser declarados civilmente responsables y no solo en nivel penal.

Aspectos que deben contemplarse al planificar una investigación sobre corrupción, en cuanto al desarrollo de su estrategia. Deben destacarse los siguientes³⁹:

1- Definir fuentes de información. Es importante identificar las fuentes en este sentido: oficiales y anónimas que permitan conocer el cuadro real de las actividades clandestinas en las que se desarrolla la corrupción. Esta labor no es fácil, por la naturaleza encubierta y consensual como se desarrolla la corrupción, sin que se cuente, como ya se mencionó, con la colaboración de una víctima, porque se trata de actividades ilícitas en donde se afectan

³⁹ Cruz Castro, Fernando. La investigación y persecución de la Corrupción. Observaciones Fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos. Una oportunidad para reflexionar.: XXV Aniversario del Ministerio Público. Poder Judicial. San José, Costa Rica. 2000. páginas 204 y 205.

intereses difusos. La información es vital, porque es necesario conocer el “modus operandi” utilizado en las variadas actividades en las que es evidente el grave incumplimiento de deberes de los funcionarios estatales. En este sentido, la corrupción tiene pautas de comportamiento similares al crimen organizado. Además de la información, el órgano investigador, en este caso la Fiscalía, requiere recursos humanos con capacidad técnica para descifrar y sistematizar la información.

2- En segundo lugar, se deben analizar las zonas y temas que se investigarán, porque es imposible iniciar las acciones, si no se determina un orden de prioridades, pues los recursos de todo tipo, siempre son limitados. En principio, se deben investigar los hechos más graves y en los que se tengan mayores probabilidades de éxito. Es muy importante demostrar ante la sociedad que la corrupción se puede investigar exitosamente y que se pueden acusar a personas que por su poder parecían inmunes frente al aparato de control estatal. No se trata de una persecución obsesiva o subjetiva, pero sí se requiere demostrar que las intenciones se traducen en resultados tangibles. El éxito está asegurado con solo lograr que algunos hechos graves, aunque sean pocos, se denuncien y juzguen exitosamente. De esta forma, la Fiscalía y el Sistema Judicial demuestren que se tiene la pretensión de darle vigencia real al principio de igualdad ante la ley.

3.- La investigación debe ser discreta y bien planificada, evitando la publicidad. Solo al finalizar podrán darse a conocer sus

resultados, especialmente en los casos en los que la acción planteada pueda superar exitosamente el proceso. Por ser una materia tan sensible, no deben asumirse riesgos innecesarios, porque de lo contrario se ocasiona un desgaste estéril al Ministerio Público, provocándole, además, un daño irremediable a la carrera política o profesional de una persona.

4.- La estrategia estatal no solo debe concentrarse en lo penal. A veces, es importante la aplicación de sanciones administrativas, laborales o éticas. De igual forma y sin perjuicio de los derechos del acusado, la opinión pública debe conocer, sin limitaciones, los hechos.

Por otra parte, en cuanto a los instrumentos que facilitarían la acción de la autoridad, deben destacarse, los siguientes⁴⁰:

1- Intervención de comunicaciones orales. Es un instrumento indispensable en la investigación del delito no convencional. Frente al importante avance que han tenido las garantías del acusado, la intervención de las comunicaciones orales permite obtener evidencia decisiva, sin afectar los derechos de la defensa. Es impensable que las intervenciones de las comunicaciones orales sean necesarias en relación en la mayor parte de los delitos comunes, especialmente en los delitos contra la propiedad cometida por personas de bajos ingresos. La intervención de comunicaciones orales es el instrumento idóneo en la investigación del crimen organizado como la corrupción. Existe un arraigado prejuicio contra este instrumento de investigación, lo

⁴⁰ Fernando Cruz Castro fue Fiscal General de la República y actualmente es Magistrado de la Sala Constitucional. Op. cit. 40.

que demuestra, en último término, el temor inconsciente que existe entre las agrupaciones políticas de enfrentar la corrupción con los instrumentos adecuados. Se prefiere la retórica, los discursos, pero no se aborda el tema desde una perspectiva realista. A pesar del inevitable avance y transformación de los instrumentos de comunicación, el Estado prefiere seguir investigando los delitos con los instrumentos del siglo XX.

2- Inmунidades para convertir a los imputados en testigos. En la persecución del crimen organizado y la corrupción, se pueden obtener elementos de prueba decisivos si se admite, desde ciertos supuestos, que algunos de los partícipes en el hecho criminal y que contribuyan al esclarecimiento del hecho, no sean acusados, convirtiéndose en testigos del Ministerio Público.

3- Imprescriptibilidad de los delitos cometidos por funcionarios públicos mientras se mantengan en la función pública. Es importante establecer el principio de imprescriptibilidad de la acción penal por los hechos abusivos o impropios cometidos por el funcionario, mientras se encuentre en el ejercicio de sus funciones. Es decir, que la prescripción comienza a correr a partir del momento cuando el funcionario abandone el cargo. De esta forma se evita que los privilegios que brinda el poder permitan al infractor, neutralizar la investigación o manipular las pruebas.

4- El agente encubierto. La utilización del agente encubierto en esta materia, es fundamental. Los agentes de investigación deben tener la capacitación y los recursos suficientes para desarrollar estos procedimientos de investigación. La única exigencia que debe cumplirse al utilizar el agente encubierto, es que el bien jurídico

tutelado haya corrido algún peligro y que el agente policial no instigue la comisión del hecho criminal. Los actos impropios de los funcionarios, incumplimiento de deberes y el enriquecimiento ilícito, difícilmente se pueden demostrar mediante el testimonio de los funcionarios o ciudadanos que han tenido alguna participación en los actos de corrupción, salvo en los casos en que sea posible convertirlo en testigo. El círculo del silencio es impenetrable, porque ninguna persona tiene interés directo en la denuncia, no es una víctima del hecho delictivo y casi siempre obtiene beneficios directos o indirectos del acto impropio. Se enfrentan en estas circunstancias graves problemas probatorios, por esta razón, la utilización del agente encubierto podría ser un instrumento idóneo con el que se lograría una eficacia mayor en la persecución de estas conductas. Admitiendo, incluso, que se rechace su utilización en la investigación de los hechos delictivos, los agentes de investigación podrían emplear este procedimiento para detectar conductas impropias, cuyo descubrimiento solo provocaría la ruptura del contrato laboral o la imposición de sanciones por incumplimiento de los códigos de conducta en el ámbito político.

5.- El secreto bancario, como ya se ha indicado, debe restringirse con el fin de obtener información que permita localizar e identificar los fondos provenientes de las actividades corruptas. Esta restricción fortalece, sin duda alguna, la persecución del enriquecimiento ilícito y el peculado, permitiendo, por otra parte, mayor eficacia en las investigaciones tributarias y el lavado de dinero.

6.- La introducción de algunos tipos delictivos, el delito de tráfico de influencias y el uso indebido de información privilegiada. Es indispensable la criminalización de algunas conductas impropias o abusivas de los funcionarios estatales. Se sanciona al funcionario que mediante la utilización de formación privilegiada obtenga un beneficio económico para sí o para un tercero. La criminalización de esta acción se justifica, pero no es suficiente, porque la investigación de estos hechos, como casi todos los relacionados con los actos desleales en perjuicio de los deberes de la función pública, enfrenta serios problemas probatorios. Difícilmente, se contará con una persona que dé testimonio sobre tales hechos, dada la naturaleza consensual de estas infracciones, pues al fin y al cabo, todas las partes se benefician. Para lograr cierto grado de eficacia en la persecución de este delito, al igual que ocurriría con el enriquecimiento ilícito, se deben establecer algunas obligaciones administrativas a los funcionarios, especialmente, en primer lugar: la obligación de justificar, al ser debidamente requerido por la autoridad solicitante, la procedencia de un incremento considerable de su patrimonio después de que asumió el cargo, manteniéndose esta obligación por un plazo determinado (puede ser de tres a cinco años) después de que haya abandonado el cargo. También, podría autorizarse que la investigación sobre el incremento injustificado del patrimonio del funcionario se extienda a los patrimonios del cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos. Las dificultades, en la investigación de estas conductas, presupone disposiciones administrativas como las comentadas, fortalecida con una eficiente e incuestionable administración tributaria, lo que es

inusual en América Latina. Es indiscutible que no basta tipificar las conductas lesivas en el código penal, especialmente, cuando se trata de acciones delictivas relacionadas con la corrupción, ya que si no se brindan los recursos a las autoridades encargadas de su persecución, definiendo una estrategia de investigación sistemática y de amplio alcance, los tipos penales se mantendrán redactados en el código penal como una curiosidad, pero sin ningún efecto real, salvo que admitamos que el enriquecimiento ilícito, el tráfico de influencias y la utilización abusiva de la información son hechos inusuales en la mayor parte de los países, lo que bien se sabe que no es cierto.

Al respecto de las diferentes estrategias y propuestas, éstas se han ido incorporando a manera de solución en diversos convenios internacionales:

2.8.1.1 Declaración de París⁴¹. Se desarrollan nuevas reglas para combatir la corrupción:

- **Para facilitar las investigaciones:** la suspensión de inmunidades durante la investigación, esto por cuanto los involucrados son en particular gobernantes; además, la prohibición a los bancos de abrir filiales o aceptar fondos procedentes de compañías instaladas en países que rechazan la cooperación jurídica internacional; la

⁴¹ Declaración de París del 19 de junio del 2003. www.parisdeclaration.org

obligación de todos los sistemas de transferencias de fondos o valores financieros, de organizar un seguimiento completo para la identificación de los beneficiarios y responsables de los flujos financieros.

- **Para juzgar efectivamente a los delincuentes:** la creación del delito de enriquecimiento ilícito, para los casos en que exista una diferencia entre el modo de vida y los recursos oficiales. También, se gestiona el delito de “gran corrupción”, aplicable a los giros superiores a los diez millones de dólares.

En este caso en particular, en nuestro país, entró en vigencia en el año 2004, a raíz de los casos de los ex presidentes, la LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN Y EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA, en la cual se regula una serie de tipos penales que atacan directamente los actos provenientes de la corrupción. Esta ley es muy reciente y, por ende, sus efectos no son posible analizarlos con detenimiento aún. Dicha ley ha sido desarrollada desde parámetros técnicos de derecho penal, que regulan además del enriquecimiento ilícito, conductas como el tráfico de influencias, la legislación o administración en provecho propio y pago irregular de contratos administrativos, entre otras figuras que permiten al menos teóricamente la idea de combatir la corrupción en su origen mismo.

- **Para prevenir la corrupción:** la obligación para las corporaciones involucradas de consolidar sus cuentas

geográficamente. Dar competencia a la Justicia de los países donde están establecidas las sedes sociales de las multinacionales. La puesta a punto de una vigilancia bancaria alrededor de los dirigentes políticamente expuestos y de sus entornos respectivos.

Es manifiesta la promulgación de políticas preventivas que tiendan a disminuir los incentivos para que los funcionarios públicos adulteren el ejercicio de sus funciones en interés privado y que los particulares puedan comportarse normalmente en el ejercicio de sus actividades sin desgastar su tiempo, esfuerzo y recursos en procurar el favor de los gobernantes. A la vez, debe estimularse y alentarse un proceso de disminución y racionalización de la maraña jurídica que entorpece, tanto la actividad pública como la privada, y que incentiva los comportamientos perversos que procuran utilizar el aparato público en beneficio privado.⁴²

En cuanto a políticas educativas, todo programa tendente por rescatar y promover los valores de la decencia, la honradez, el servicio público y otros similares desde los niveles iniciales de la educación formal e informal, tienen un efecto indudablemente importante y básico en materia de lucha contra la corrupción.

2.8.1.2 Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: plantea el grave problema que la corrupción representa en la efectividad y validez de los derechos humanos.

⁴² Caja Costarricense de Seguro Social, Propuesta Nacional de lucha contra la corrupción. Foro de Concertación

Normativa: El artículo 2°: " 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacional, especialmente, económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

"2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

"3. Los países, en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos."

En este precepto legal, claramente, se indica que las obligaciones jurídicas, que asume el estado al ratificar el instrumento, se hayan condicionadas en su realización a los recursos de que disponga y a su economía nacional.

De ello, interesa destacar, específicamente, la realización paulatina de los derechos en cuestión, considerando, especialmente, la naturaleza de las restricciones y limitaciones de los recursos financieros con que cuenta el estado y que obstaculizan la plena satisfacción de las obligaciones asumidas por éste, y por

consiguiente, el logro progresivo del derecho internacional de los derechos humanos.

De tal modo, resulta necesario para comprender la importancia exacta de las economías y recursos financieros de los Estados Partes, detectar en qué medida la corrupción desvía el uso de los recursos y desacelera las respectivas economías locales. Pues, desde el razonamiento expuesto, bien podría hallarse en la corrupción un fuerte solipsismo y un profundo desprecio por la normatividad humanitaria.

Medios: los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar las medidas que se definen en el párrafo 1° del artículo 2° del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, alude a cuestiones económico-financieras, incluso cuando se refiere a la adopción de medidas legislativas, en tanto debemos ser conscientes que si éstas no son acompañadas con los recursos respectivos no son más que meros valores retóricos en envolturas jurídicas.

Por ejemplo, puede resultar heroico proclamar el derecho a la salud de todos, pero nada vale tal proclama legislativa en la vida de las personas si se carece de los respectivos hospitales públicos, planes de asistencia médica y programas oficiales de entrega de medicamentos. Del mismo modo, nada significaría una legislación mediante la cual se garantice a la población el derecho de acceder a las distintas formas de enseñanza, si el estado no cuenta con los colegios idóneos y los correspondientes docentes necesarios para tal fin.

En consecuencia, la adopción de medidas legislativas como prevé concretamente el texto del instrumento, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes.

Al contrario, se debe dar a la frase "por todos los medios apropiados" un significado realista, pues, como se mencionó, las medidas legislativas por ellas mismas, no alivian los dolores ni mejoran la salud, como tampoco se aprende a leer y escribir por decreto.

Por tal razón, conviene que los estados dediquen la mayor parte de sus recursos para respaldar económicamente las políticas adoptadas haciendo, de este modo, efectivos los derechos reconocidos en el Pacto.

2.8.1.3 Otras legislaciones

A la luz de las consideraciones precedentes, la corrupción no es ya solo una amenaza al estado, sino a los derechos humanos mismos. Se ha barajado la necesidad de reformar e iniciar sustancialmente regímenes de contrataciones públicas, los deberes y facultades de los agentes públicos y entes reguladores en la tutela de los derechos de los usuarios y consumidores, donde la Organización de Estados Americanos ha iniciado desarrollar instrumentos que permitan avanzar en el combate efectivo contra la corrupción, entre los cuales se tienen⁴³:

⁴³ Organización de los Estados Americanos O.E.A. Construyendo Transparencia. Legislación modelo para prevenir la corrupción. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica. O.E.A. 2004

- Ley Modelo sobre acceso a información administrativa para la prevención de la corrupción
- Ley Modelo sobre mecanismos de participación de la sociedad civil en la prevención de la corrupción.
- Ley Modelo sobre establecimiento de normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado desempeño de las funciones públicas
- Ley Modelo sobre declaración de ingresos, pasivos y activos, por parte de quienes desempeñan funciones públicas.
- Ley Modelo sobre protección de personas que denuncian actos de corrupción.
- Model Law Protecting Freedom of Expression Against Corruption.

2.9 LA INVESTIGACIÓN Y PERSECUCIÓN DE LA CORRUPCIÓN: MINISTERIO PÚBLICO.

La función del Ministerio Público es asumir un rol activo y eficaz frente a la corrupción, el *abuso* de poder y la criminalidad no convencional. La reforma del proceso penal debe fortalecer la vigencia efectiva de las garantías constitucionales, con un debate que sea realmente oral, público y concentrado. También, supone un Ministerio Público independiente, responsable de la acusación y de la investigación. Un ente acusador, sin independencia política, no puede asumir, de ninguna forma, una estrategia de

persecución efectiva de los actos en los que se evidencia el abuso de poder y la perversión del sistema político. El poder político puede interferir en el desarrollo del proceso, ordenando, según sea el caso, el archivo, la sustitución de los fiscales, asignación de los recursos, capacitación, objetividad, aplicación de una correcta administración de justicia con una política definida. En la mayoría de los países latinoamericanos, el ente acusador no posee la independencia que exige la investigación y persecución de los hechos vinculados con las acciones abusivas e impropias de los funcionarios públicos.⁴⁴

2.9.1 El Ministerio Público y la responsabilidad política que debe afrontar:

Por las características de la corrupción, el Ministerio Público debe tener la responsabilidad en la investigación y acusación de estos hechos, dejando que los jueces desempeñen, exclusivamente, las funciones decisorias. Esto supone, respecto de la corrupción privada y pública y la criminalidad dorada, que la fiscalía asuma la responsabilidad política de identificar, investigar y perseguir este tipo de delitos⁴⁵.

Prácticamente, no existe ninguna persona, organización o instancia, oficial que desarrolle una acción sistemática contra la corrupción, excepto, en algunas ocasiones, los medios de

⁴⁴ Cárdenas Fernando y González Jorge. Los Watergates Latinos. Ediciones B. Colombia 2006. Los autores exponen la manera en que Montesinos y Fujimori manejaban las fuerzas armadas y los medios de comunicación de acuerdo a sus intereses. Página 40

⁴⁵ Cruz Castro, Fernando. Op. cit. 40, páginas 195-212.

comunicación colectiva.⁴⁶ Se trata de un delito sin víctima, por esta razón, difícilmente el conocimiento de estos hechos llegará a las autoridades competentes mediante la denuncia común, tal como ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la integridad física. Además, la corrupción forma parte, en menor o mayor medida, del sistema político oculto, que es el que verdaderamente gobierna, por esta razón, su persecución se queda para los discursos políticos, con los que solo se pretende obtener beneficios publicitarios, especialmente, en los periodos electorales y una vez que se obtiene la victoria, se olvidan las promesas, hechas en campaña. Los compromisos y las necesidades que impone el ejercicio del poder impiden desarrollar una acción real y efectiva en el combate a la corrupción.

En estas condiciones para el caso costarricense, con la actual Fiscalía General de la República, se inició una clara y evidente lucha contra la corrupción, en donde por la información investigativa aportada por diversos medios de comunicación se lograron detectar posibles actos de corrupción como los que hoy conocemos, viéndose la necesidad de que para llevar a cabo tal lucha y combate es indispensable contar con diversos recursos de tipo humano, logístico, a efecto de realizar las investigaciones que correspondan y, a la fecha, a la espera de sus resultados. En estas condiciones, la Fiscalía Adjunta de Delitos Económicos y Tributarios debe asumir un compromiso efectivo, desarrollando una hábil estrategia que le permita perseguir estos delitos y

⁴⁶ Op. cit. 42. Los periodistas Cárdenas Fernando y González Jorge con su libro Los Watergates Latinos, exponen como los medios de comunicación son los responsables de sacar a la luz pública los principales casos de corrupción en América Latina.

neutralizar la poderosa oposición de los grupos que dentro y fuera de los partidos políticos defienden y se benefician con la corrupción, por lo que el Fiscal General ha puesto en marcha una estrategia diferente frente a estos crímenes. Se ha asumido, en primer lugar, la responsabilidad socio-política de perseguir, denunciar e identificar la corrupción y el abuso de poder. No es una tarea fácil, es quizás una de las funciones más importantes del Ministerio Público, que conduce a una independencia que le permita enfrentar el costo político de una labor tan delicada, en la que realmente se pone a prueba del sistema jurídico- político.

Es interesante analizar la posibilidad de que en algunos casos de corrupción, se designe a un fiscal especial independiente, que no sea funcionario estatal y que esté sujeto a las instrucciones del Fiscal General o del Ministro de Justicia, tal como ocurre, por ejemplo, en los Estados Unidos, a partir del escándalo de Watergate (1972-1974). Este fiscal especial investiga acciones en las que existe fundada sospecha sobre actividades delictivas ejecutadas por ciertos funcionarios importantes del Poder Ejecutivo que hayan tenido relación con la elección presidencial, según lo determina una disposición legal específica. El Ministro de Justicia informa a un tribunal especial, que posteriormente, designa a un fiscal especial que deberá investigar los hechos y establecer si debe iniciarse un proceso criminal. Este fiscal actúa sin la supervisión del Fiscal General y tiene a su disposición un presupuesto generoso e independiente. De igual forma, puede requerir la colaboración de los organismos de investigación adscritos a la Fiscalía o al Ministerio de Justicia.

Las ventajas de esta Fiscalía ad-hoc son evidentes, ya que es un funcionario independiente de la estructura de poder, lo que no deja de ser una importante característica, pues los entes burocráticos tienden a crear ciertas rutinas y «compromisos silenciosos o de conveniencia» que no aseguran una respuesta satisfactoria frente a las actuaciones impropias de los funcionarios estatales, especialmente cuando ésta es profunda, poderosa y «oficialmente imperceptible».

También, es una ventaja que esta Fiscalía tenga un presupuesto generoso e independiente, desterrando la posibilidad de que, tal como muchas veces ocurre, las investigaciones sobre esta materia se malogren a causa de limitaciones presupuestarias, que son, en realidad, el pretexto perfecto para mantener la política subterránea que garantiza la impunidad de esta criminalidad.

2.9.2 La responsabilidad social y política en la persecución de la corrupción.

Aún estando en una posición privilegiada frente a la influencia de los partidos políticos y de los otros poderes del Estado, la persecución de la corrupción enfrenta otro grave problema: la corrupción como un comportamiento “normal” dentro del sistema político y económico. Los que promueven las acciones corruptas tienen suficiente poder para neutralizar o combatir eficazmente las investigaciones emprendidas por los fiscales o agentes policiales que pretenden cumplir con una labor tan difícil. Por esta razón, quienes ejercen el poder político en el Gobierno y en el Parlamento, deben darle un respaldo real a las

investigaciones realizadas por la Fiscalía. Este compromiso es inusual en nuestras sociedades, porque existe la tendencia a proteger y legitimar los actos de corrupción cometidos por los miembros de un Partido y persiguiendo la corrupción atribuida a los miembros de otras agrupaciones. La conducta de los partidos políticos debe cambiar, pasando de la retórica y el discurso oportunista, a las acciones reales y auténticas, también es conveniente que dentro de los partidos políticos existan tribunales de ética independientes que apliquen su código interno a los miembros de la agrupación. Respecto de la corrupción no es suficiente crear tipos delictivos, que es el marco legal en el que actúa la Fiscalía, se requiere, además, establecer todo tipo de controles para quienes ejercen el poder y disfrutan de sus privilegios. Los tipos penales no son suficientes, las acciones impropias al amparo del poder público, el tráfico de influencias y de información, el enriquecimiento ilícito, son conductas que exigen mucho más que el control punitivo tradicional, se requiere un sistema de control ético que expulse del sistema político a quienes incurran en conductas abusivas o impropias. Quien ejerce poder debe tener mayor responsabilidad que el ciudadano común. En este sentido, la ética del poder exige una respuesta institucional. Para el ciudadano común, el control penal es suficiente, quedando la ética en el ámbito estrictamente privado, pero para quien ocupa posiciones de privilegio, se requieren los controles del sistema penal y además, los límites bien definidos de una ética del poder que no tutela intereses privados, sino que asegura valores en los que se evidencia un interés público innegable.

La labor de la Fiscalía General⁴⁷ al asumir un compromiso real y efectivo en la persecución de la delincuencia de los poderosos provoca, inevitablemente, un gran desgaste político que exige, su independencia y al mismo tiempo, el apoyo efectivo de las agrupaciones políticas y de los otros poderes del Estado. Este respaldo político es inusual y, más bien, las figuras políticas influyentes tratan de ejercer presión sobre el Fiscal General o la autoridad judicial que debe resolver la causa. El respaldo de los medios de comunicación colectiva es indispensable.⁴⁸ Es un recurso que no puede despreciarse, porque asegura el apoyo de la sociedad civil. Casualmente, es la falta de transparencia la que profundiza y mantiene la corrupción, por esta razón, la intervención de los medios de comunicación social no solo fortalece la acción del Ministerio Público, sino que además es necesaria, ya que todos los sectores sociales deben estar enterados de las graves irregularidades y conductas impropias de los funcionarios estatales o de los particulares, que abusando de su poder político o económico pervierten los fines que deben orientar la actividad estatal. El secreto y la poca transparencia en los asuntos de interés público, lesionan los objetivos fundamentales de una sociedad realmente democrática.

⁴⁷ Cruz Castro, Fernando. Op. cit. 40. páginas 199-201

⁴⁸ Los principales casos de corrupción han salido a la luz pública por la intervención incisiva de algunos medios de comunicación, tal y como es el caso de los ex presidentes en Costa Rica.

2.9.3 La ineficacia del sistema penal frente a los delitos en perjuicio de los deberes de la función pública.

En América Latina, con importantes excepciones, en los últimos años, ni el Ministerio Público y menos los jueces, han podido desarrollar una actividad de investigación y persecución eficaz frente a la corrupción. Tampoco, pueden asumir esta función los cuerpos de investigación policial, ya que estos, en virtud de su definición institucional y estructural, solo reprimen la criminalidad convencional. No tienen ninguna capacidad de asumir, autónomamente, la investigación de los delitos cometidos en perjuicio de los deberes de la función pública. Esta inactividad e ineficacia refleja la limitada independencia del Ministerio Público, el Poder Judicial y la Policía. También, es un claro indicador que la corrupción es un fenómeno social “normal”. En realidad, la demanda política tradicional, la que produce dividendos de cara a una opinión pública desinformada y desorientada, es la persecución de la delincuencia convencional. Las campañas de seguridad y orden se magnifican en la criminalidad tradicional, ignorando casi siempre la delincuencia que enriquece a los funcionarios públicos, las influencias, las comisiones, la utilización de los servicios públicos para fortalecer impropriamente la influencia del partido. Todas esas conductas quedan en la penumbra. Incluso, en muchas ocasiones, el ciudadano común desea ignorarlas, porque así evita el trauma que le produce el tener que admitir que el sistema político y económico por el que lucha y en el que se desenvuelve, no es más que un cascarón en el que se esconden realidades oficialmente ignoradas. A largo y mediano plazo, esta discriminación desautentica al sistema político,

porque la desigualdad se convierte en la expresión real de un sistema en el que se proclama la igualdad como valor fundamental, deslegitimando el sistema penal.

Además de la independencia y el apoyo político, los fiscales encargados de identificar e investigar las actividades ilícitas en la administración pública, deben contar con el apoyo de un grupo de agentes de investigación y de peritos, cuya integración variará dependiendo del tipo de delito que se esté investigando. En algunos casos, en virtud de la tradicional e insuperable limitación de recursos de la Administración Pública, es indispensable contar con la colaboración de expertos de otras instituciones como los bancos estatales, Contraloría General de la República y otros entes públicos o privados.

Si no se integran equipos de investigación desde la dirección de un fiscal especializado, no se puede esperar un razonable grado de eficacia en la represión y control de la corrupción. Las estadísticas judiciales y policiales, cuando existen evidencian el fracaso absoluto en la persecución de la corrupción en América Latina.⁴⁹ La acción de la policía es totalmente infructuosa si no se diseña una estrategia de investigación desde la dirección de un experto como el fiscal, que cumpla con el perfil exigido.

Se requiere que el Fiscal General, con su peso político e independencia, asuma ese compromiso, desarrollando una eficaz estrategia que le permita abordar este problema desde una perspectiva de lo general a lo específico, conforme con un plan que contemple las limitaciones estructurales del sistema penal.

⁴⁹ Es el reflejo de las investigaciones en el libro *Los Watergates Latinos*.

La integración de un equipo de investigadores es fundamental, deben ser funcionarios de impecable trayectoria y con amplia experiencia. Se trata de un cuerpo de élite de probados antecedentes éticos y profesionales. Su integración debe definirla el Fiscal General o el funcionario que éste designe, sin existir interferencias, salvo obstáculos insalvables.

El equipo debe estar dirigido por un fiscal, como en el caso de Costa Rica, denominado como Fiscal Adjunto en esta materia, quien asume la responsabilidad de las actuaciones del equipo. Se deben tomar previsiones para que la información no se filtre, especialmente, en la etapa de investigación. En los actos de corrupción relacionados con los fraudes económicos y las maniobras contables, se deben integrar los expertos contables con los agentes de investigación.

La coordinación con otros entes públicos encargados de ejercer funciones de control en la Administración Pública, como la Contraloría General de la República, es indispensable, porque la acción coordinada acelera las investigaciones, evita el desperdicio de recursos y aumenta la eficacia en la persecución de las conductas anómalas de los funcionarios estatales. De igual forma, es importante contar con la colaboración y el respaldo de organizaciones privadas o públicas en las que los ciudadanos impulsan la investigación de hechos irregulares o éticamente cuestionables.

2.10 Costa Rica: Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública y comentarios (Ley No. 8422 del 6 de octubre del 2004).

Se debe partir identificando dos ámbitos en donde se desarrolla la corrupción: por una parte una *corrupción política* y, por otro, una *corrupción administrativa*. La primera, dirigida por aquellos políticos que se sirven de sus cargos públicos o de la elección popular y la segunda, se identifica con el funcionario público (o los políticos que ejercen funciones administrativas) que se aprovechan de sus cargos en beneficio propio o de terceros.⁵⁰

El campo que interesa resaltar es el de la *corrupción administrativa*, la cual se identifica en forma sencilla como "*corrupción*". No obstante, hay que reconocer aspectos que resultan de importancia para la corrupción política, la cual genera mucho de la actual corrupción administrativa. En efecto, las organizaciones dirigidas a las luchas electorales, identificadas como "partidos políticos", son los que cuentan con una sensible carga de prevención y corrección a lo interno de sus integrantes: lo que quiere decir, sin lugar a dudas, que mucha de la corrupción política y, en consecuencia, corrupción administrativa, se genera por la falta de interés y controles internos en los partidos políticos, además, se considera que existe este tipo de falta en nivel de instituciones estatales involucradas en el tema, las cuales deben velar por los ingresos y egresos de capital que se realizan desde el

⁵⁰ Chinchilla Sandí, Carlos. Comentarios a la "Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública" (LCCEI). (Ley N° 8422 de 6 de octubre del 2004). En Revista El Foro del Colegio de Abogados de Costa Rica, año 4, número: 6- Agosto 2005.

inicio de una campaña electoral, con el fin de evitar riesgos que hacia el futuro podría generar la corrupción, debiendo tener claro que el funcionario público en general ostenta una serie de potestades otorgadas para lograr la convivencia normada entre administrados y de éstos con el Estado "función pública". Se trata de una actividad que implica derechos (facultades y deberes) (obligaciones inexcusables), que cumplen quienes desempeñan un cargo dentro de cualquier poder público. Los funcionarios públicos son depositarios de la confianza, Estado-Patrono y de los usuarios del servicio, por lo que deben tener un comportamiento impecable y probo, así como una conducta intachable.⁵¹ En razón de lo anterior, se ha considerado que cuanto más corrupción exista a lo interno de estos partidos políticos, mayor será su incidencia a nivel administrativo. El principio de legalidad es el llamado a regir las actividades administrativas y, por supuesto, su relación con los ámbitos de acción privada.

El término corrupción proviene del latín *corruptio*, y según el Diccionario de la Real Academia Española se refiere a la "acción y efecto de corromper", significando, a su vez, el término corromper -en su tercera acepción- el "sobornar a alguien con dádivas o de otra manera", lo cual se complementa con lo que se ha venido indicando que el poder y la corrupción son dos fenómenos que siempre se van a presentar en forma conjunta, definiéndose que la corrupción representa el uso encubierto del poder jurídicamente formal con fines diferentes a los que en su creación le fueron encomendados.

⁵¹ Sala II, voto número 1010-2004.

Por su parte, en forma más específica y directa, Transparencia Internacional (1999), designa como *"corrupción al fenómeno por medio del cual un funcionario público es impulsado a actuar de modo distinto a los estándares normativos del sistema para favorecer intereses particulares a cambio de recompensas"*, termina diciendo, *"corrupto es por lo tanto el comportamiento desviado de aquel que ocupa un papel en la estructura estatal"*).

La corrupción tiene presencia en todas partes, sin hacer diferencia entre actividades públicas y privadas, así como entre países ricos y pobres.⁵²

En definitiva, la corrupción administrativa constituye un acto desviado realizado por funcionarios públicos en el ejercicio propio de sus funciones, que consiste en apropiarse o desviar indebidamente recursos asignados directa o indirectamente a la atención de los usuarios o la misma Administración Pública.

2.10.1 SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN.

Los sujetos que intervienen en la corrupción administrativa son: usuarios, funcionario y, por último, jefe o directivo.⁵³ Inicialmente, se dice que el usuario es el sujeto infaltable dentro de los actos de corrupción administrativa, pues los funcionarios y jefes o directivos, provocan a éstos ofreciendo sobornos o "mordidas", y la

⁵² Klitgaard, Robert, Combatiendo la corrupción, en Revista Nueva Sociedad, Caracas, N° 145, septiembre-octubre, 1996, p. 57.

⁵³ Idem 53.

consiguiente aceptación. Sin embargo, en nuestros tiempos, podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que muchos de los actos de corrupción no son instigados o propuestos por estos usuarios, sino por el contrario, se generan del mismo funcionario, dirigiendo al usuario un descarado ofrecimiento en la realización de actos propios de sus funciones o contrarias a éstas, con el cobro de dinero a cambio y peor aún, la amenaza de frustrar los trámites y pretensiones honestas del usuario, si no procede conforme ilegalmente se lo propone el funcionario o el jefe de una determinada oficina pública.

2.10.2. CORRUPCIÓN Y PROBIDAD ADMINISTRATIVA.

La probidad individual o personal es la actuación recta y honrada en la vida; por su parte, la probidad en la función pública se corresponde con la bondad, moralidad, honradez, integridad y ética.

En términos generales, cuando existe probidad administrativa en el ejercicio de las funciones públicas, no puede hablarse de corrupción, pues está excluida. A la inversa -obteniendo el mismo resultado-, ante la presencia de la corrupción no puede subsistir la probidad administrativa.

El artículo 3° de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública⁵⁴ (N° 8422 de 6 de

⁵⁴ En adelante LCCEI.

octubre del 2004. publicada en La Gaceta del 29 de octubre del 2004), recoge el llamado *deber de probidad*, al decir;

"El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades (que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos, con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente".

La probidad desde la ética pública requiere que el funcionario público realice en forma eficiente el servicio público y además, dirija el uso de los recursos del Estado por cumplir sus fines, sin desviaciones que signifiquen traspaso de recursos públicos a fines particulares ajenos al servicio.

Al hablar de probidad y ética en la función pública, nos dirige a incursionar en los aspectos propios de la política y la moral. En la historia, se han expuesto diferentes posiciones por grandes pensadores como Platón que en su discurso menciona una subordinación de la política a la moral, haciendo prevalecer la ética. Por su parte, Aristóteles diferenció a la política de la moral, enunciando que nada es corruptible por accidente. Por último, Maquiavelo consideró totalmente independientes la política de la

moral, llegando a subordinar ésta a aquélla, lo que hizo efectivo en su famosa frase, *"el fin justifica los medios"*. Lo esencial en el problema de la moral y la ética, corresponde al comportamiento del hombre, tanto en su pensamiento, como en su inteligencia emocional ante las presiones sociales, la fama y el poder. En definitiva, quien es corrupto es el hombre y no las instituciones.⁵⁵

Un aspecto que se debe tener claro, es la obligatoriedad de denunciar los actos de corrupción conforme con el artículo 281. a) del Código Procesal Penal, en aquellos casos en que los funcionarios o empleados públicos conozcan los hechos en el ejercicio de sus funciones. Ello nos conduce a pasar de esa llamada probidad pasiva a un probidad activa, donde el funcionario en forma efectiva legitime su probidad en la función pública y actúe en forma correcta. Además, en caso que no se proceda a realizar la correspondiente denuncia, al funcionario público se le podrá seguir proceso penal por el delito de favorecimiento personal, según el artículo 322 del Código Penal.

2.10.3. CONCEPTO DE SERVIDOR PÚBLICO

La Ley anticorrupción consagra en su artículo 2° párrafo primero, lo siguiente; *"Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal o no estatal, a nombre y por cuenta de ésta y como parte de su organización, en*

⁵⁵ Chinchilla, Carlos. Op. cit. 50.

virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley".

Para los efectos y aplicación de la LCCEI, todos los empleados de los órganos y entes de la Administración Pública, estatal o no, serán considerados servidores públicos, sin hacer distinción alguna. Una situación diferente se recoge en la Ley General de la Administración Pública -en adelante LGAP-, la que en su artículo 111.2 considera equivalente los términos *funcionario público, servidor público, empleado público, encargado de servicio público* y demás *similares*. La LCCEI considera a todos por igual *servidores públicos*, mostrando un contenido de regulación más amplio que la LGAP.

2.10.4. DELITOS FUNCIONALES.

La LCCEI recoge una serie de disposiciones penales aplicables, en primera instancia, a los servidores públicos. Por ello, el sujeto activo de estos tipos penales debe reunir algunas características personales o cualificaciones, resultando que sólo quien reúne esas características puede llegar a ser autor del mismo.

Los tipos penales de la LCCEI se identifican con los llamados *delitos especiales* porque a diferencia de los delitos comunes; exigen especiales características al sujeto activo y restringen o limitan así,

el ámbito de los posibles autores(se trate de autores directos individuales, autores mediatos o coautores).

Además de lo dicho, en el caso de los delitos especiales, estamos ante los llamados *delitos de infracción del deber específico*, a los cuales, no les son aplicables los alcances de la teoría del dominio del hecho y se han expuesto como un ámbito excluido de aplicación. La característica esencial del autor está constituida por la *infracción de un deber específico extrapenal*. Ello es así, porque la teoría del dominio del hecho no permite una solución uniforme de los problemas de distinción entre autor y partícipes en la totalidad de los delitos.

En cuanto, la autoría y participación en los *delitos de infracción del deber* no logran alcanzar resultados correctos en el marco de la teoría del dominio del hecho. Por ese motivo, la configuración ha de acudir a derroteros distintos de los delitos del dominio, de modo que la figura de la autoría dependa de la lesión de un *deber especial extrapenal*. Esto sucede, por ejemplo, en los delitos de funcionarios o los de omisión. Lo decisivo, en estos delitos, está constituido por la infracción del deber típico por parte del obligado, el cual será siempre autor independientemente de si realiza o no por sí mismo los actos descritos en el tipo.⁵⁶

Para el autor Bacigalupo⁵⁷, considera que en los delitos especiales sólo puede realizar el tipo quien, además de dominar el hecho, lleve consigo la calificación objetiva, como sucede en los delitos de funcionarios (en el cohecho propio -art. 341 CP-la calidad de funcionario público). En este sentido, no se es autor porque se

⁵⁶ Chinchilla, Carlos, Op. cit. 50.

⁵⁷ Bacigalupo Zapater, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Madrid, segunda edición, 1990, p. 216

domina el hecho, sino porque se infringe el *deber específico extrapenal*. Por ello, "en los delitos especiales *proprios*", es suficiente que el sujeto activo infrinja su deber específico para que sea considerado autor, aunque no domine la realización del hecho. Por el contrario, en los delitos especiales *impropios* el autor tiene que infringir su deber específico y además, dominar la realización del hecho. Si no lo domina, aunque infrinja su deber, sólo puede ser partícipe.

Resulta importante señalar que los delitos especiales se pueden clasificar en *delitos especiales propios* y *delitos especiales impropios*.

En los *delitos especiales propios*, la calidad del sujeto es considerada, como un elemento del tipo (por ejemplo: en la prevaricación la calidad de juez) y queda impune quien cometiera el hecho careciendo de esta calificación. Por ello, son delitos especiales propios los propios de los funcionarios.

Sin embargo, en los delitos especiales impropios, la calificación especial del autor opera como fundamento de agravación. Por ejemplo: la agravación es la pena al que diere muerte a su cónyuge (art. 112.1 CP). Es decir, son delitos especiales impropios los no específicos de los funcionarios.

Como se podrá notar, la característica esencial de los delitos especiales -al igual que los de propia mano- es porque en ellos el sujeto activo delimita el círculo de los posibles autores. Esta delimitación surge a través de la acción típica que no se haya configurada como la acción de cualquier posible sujeto, sino precisamente, como acción del sujeto cualificado.

2.10.5. "ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO".

Un tema que resulta de especial relevancia de la LCCEI, es el que regula su artículo 2° párrafo segundo, segunda parte, el cual dice: *"Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien, administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión"*.

Esta disposición aporta un avance en la regulación penal en general, pues el Código Penal, no regula el instituto "las actuaciones en nombre de otro", como ahora sí lo hace la LCCEI.

La *actuación en nombre de otro* surge en el momento cuando las personas jurídicas (morales o colectivas) realizan actividades criminales donde no se regula su responsabilidad penal directa, sino que la actuación del aparato judicial depende de intervención delictiva de un posible representante legal o de hecho de esa persona jurídica.

Con seguridad se podría decir que no surge mayor problema en el establecimiento de la responsabilidad penal del representante de la persona jurídica, en el caso que la ley penal no exija cualidad alguna en el sujeto activo del delito. Ello es así, porque nada obsta a que la persona física, que opera como representante u órgano de la persona

jurídica, responda por el delito de falsedad documental o estafa, aunque la firma del documento lo haga en nombre y representación de la entidad. Sin embargo, el problema surge cuando, por el contrario, la ley exige la concurrencia de una determinada *cualidad en el sujeto activo*, y tal cualidad concurre en la persona jurídica, pero no en el sujeto que actúa en su nombre.

Por otra parte, esta Ley viene a reformar el delito de peculado, recogido en el artículo 354 del Código Penal, incorporando un párrafo segundo, en el cual, en forma particular, acopia una figura parecida a la *actuación en nombre de otro*, al decir; *"Esta disposición también será aplicable a los particulares y a los gerentes, administradores o apoderados de las organizaciones privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios, en cuanto a los bienes, servicios y fondos públicos que exploten, custodien, administren o posean por cualquier título o modalidad de gestión"*.

2.10.6 DELITOS REGULADOS EN LA LCCEI.

Se consideran de más relevancia, los siguientes delitos identificados como el Enriquecimiento Ilícito (art. 45), Tráfico de Influencias (art, 52) y la Apropiación de bienes obsequiados al Estado (art. 54). Se debe tener presente que LCCEI incorpora dieciséis conductas delictivas y reforma tres tipos penales del Código Penal, además de reformular la pena de inhabilitación (art. 59) y las reglas de la prescripción de la acción penal (62), esta última, desde una mejor elaboración y dirigida a evitar la

impunidad por el vencimiento del plazo de prescripción regulado en los artículos 31 y 33 del CPP, esencialmente, con la eliminación de la reducción de la mitad del cómputo de la prescripción en el evento de presentarse alguna causal de interrupción. Este es un problema que se vive actualmente en los procesos penales y la enorme impunidad que sobreviene por una disposición legal que pretende desahogar el sistema penal. Se podría concluir que con la actual LCCEI, el legislador asumió una política de persecución criminal diferente, encaminada por combatir la impunidad con la prescripción de la acción penal.

Es oportuno aclarar que cuando se habla del término *corrupción*, estamos haciendo alusión a un concepto sumamente genérico que comprende, cualquier acto de desviación del funcionario público en cuanto a la actividad o función pública asignada, con menoscabo del interés público o general. Por ello, no se regula una única conducta penal identificada con el nombre *corrupción*, sino que ésta comprende una serie de conductas, como es el caso de los delitos de *enriquecimiento ilícito* (art. 45), *tráfico de influencias* (art. 52), *apropiación de bienes obsequiados al Estado* (art. 54) y muchos más.

2.10.6.1 Enriquecimiento Ilícito.

Se entiende por enriquecimiento ilícito todo aumento ilegítimo del patrimonio del servidor público, derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo.

Ello nos conduce a las imperiosas necesidades del orden al prestigio, transparencia y probidad en el funcionamiento de organismos estatales, los cuales deben constituirse como normas rectoras en la función pública.

El delito de *Enriquecimiento Ilícito* se regula en el artículo 45 de la LCCEI de la siguiente manera; *"Será sancionado con prisión de tres a seis años quien, aprovechando ilegítimamente el ejercicio de la función pública o la custodia, la explotación, el uso o la administración de fondo, servicios o bienes públicos, bajo cualquier título o modalidad de gestión, por sí o por interpósita persona física o jurídica, acreciente su patrimonio, adquiera bienes, goce derechos, cancela deudas o extinga obligaciones que afecten su patrimonio o el de personas jurídicas, en cuyo capital social tenga participación ya sea directamente o por medio de otras personas jurídicas "*.

a) Origen de la figura: el tipo penal del enriquecimiento ilícito no resulta novedoso en nuestra legislación, pues se regulaba en el art. 346 inciso 4) del Código Penal, el cual fue derogado expresamente por el art. 69 de la LCCEI. Sin embargo, la regulación del anterior art. 346.4 CP no resultaba como la del actual 45 LCCEI.

Por otra parte, la forma de regulación del art. 346.4 CP excluía su aplicación si la conducta se sancionaba más severamente en otra norma penal y además, recogía una inversión en la carga de la prueba, la cual no se tiene actualmente. En efecto, decía esta norma; *"Será reprimido [...], el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente, sancionado: [...] 4) No*

justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento a la asunción de un cargo público".

Los modernos sistemas procesales penales, incluido el costarricense, quien dirige la carga de la prueba es el Ministerio Público, quien debe demostrar la culpabilidad del imputado, de lo contrario, se le debe absolver de toda pena y responsabilidad. El sistema del derogado 346.4 CP obligaba al funcionario público, sometido a investigación judicial por el delito de enriquecimiento ilícito, a "justificar" el incremento considerable de su patrimonio; porque, en caso de que no lo hiciera, sería sancionado por este delito. Actualmente, el art. 45 LCCEI no asume esa posición, dejando de lado toda referencia a la "justificación" por parte del funcionario público del incremento de su patrimonio, trasladando la carga de la prueba y actividad acusatoria al Ministerio Público, como en realidad corresponde.

b) Naturaleza jurídica: estamos ante un *delito funcional*, identificado como un delito especial propio, donde la figura penal exige un elemento especial subjetivo, constituido por la condición de ser *funcionario público*. En caso de no concurrir este especial elemento subjetivo o cualificación, la figura no podría ser aplicada en su condición de autor del delito.

c) Bien jurídico protegido: el bien jurídico en este tipo de delito es el interés social existente en que los funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal sino social. Para otra parte, trata de prevenir conductas anormales que

persigan el logro de esos aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario por parte del agente. A nuestro criterio tal y como lo vimos al inicio de esta monografía, en general, en delitos de corrupción, el bien jurídico que se ve afectado es el Derecho Humano de Desarrollo Social, en el tanto, el funcionario que incurra en este tipo de conducta es a quien afecta directamente este desarrollo.

En sentido estricto, en nivel de nuestra legislación, partiendo del lugar donde se ubicaba el derogado art, 346.4 CP, se dirá que el bien jurídico del tipo penal del enriquecimiento ilícito corresponde a los *"Deberes de la Función Pública"*. Situación de la cual no podemos estar convencidos con la LCCEI, pues partiendo de los elementos integradores de esta nueva legislación, identificados por la transparencia y la probidad en la administración pública, se pensaría por conformar un diferente bien jurídico, dirigido al *"Cumplimiento de los deberes de probidad y transparencia en la Función Pública"*.⁵⁸

2.10.6.2. Tráfico de Influencias.

El art. 52 LCCEI regula esta figura penal de la siguiente manera: *"Será sancionado con pena de prisión de dos a cinco años, quien directamente o por interpósita persona, influya en un servidor público, prevaliéndose de su cargo o de cualquiera otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con éste o con otro*

⁵⁸ Chinchilla, Carlos. Op. cit. 50.

servidor público, ya sea real o simulada, para que haga, retarde u omita un nombramiento, adjudicación, concesión, contrato, acto o resolución propios de sus funciones, de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro.

Con igual pena se sancionará a quien utilice u ofrezca la influencia descrita en el párrafo anterior.

Los extremos de la pena señalada en el párrafo primero se elevarán en un tercio, cuando la influencia provenga del presidente o del vicepresidente de la República, de los miembros de los Supremos Poderes, y del Tribunal Supremo de Elecciones, del Contralor o el Subcontralor Generales de la República; del Procurador General o del Procurador General Adjunto de la República, del Fiscal General de la República, del Defensor o el Defensor adjunto de los habitantes, del superior jerárquico de quien debe resolver o de miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional".

Esta figura penal resulta novedosa en la Ley, tanto por su contenido, como por su novedosa regulación.

a) Origen: se puede pensar en dos antecedentes del delito de Tráfico de Influencias, por una parte: los antecedentes nacionales y por otra, los que se ubican en el Derecho Comparado.

Antecedentes nacionales. El delito de Tráfico de Influencias está regulado en nuestro Código Penal desde su promulgación en 1970, propiamente en el art. 346 inciso 1° al decir: "*Será reprimido ..., el funcionario público que sin incurrir en un delito más*

severamente penado: 1) Aceptare una dádiva cualquiera o la promesa de una dádiva para hacer valer la influencia derivada de su cargo ante otro funcionario para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones".

Al comparar esta norma con el transcrito actual art. 52 LCCEI, es evidente lo limitado de sus alcances y su conformación poco técnica y adecuada. El nuevo tipo penal es mucho más comprensivo que el anterior, con un contenido más adecuado a las necesidades actuales.

Por otra parte, dentro de las derogatorias que se recogen en la LCCEI, únicamente se anula en forma específica el art. 346.4 CP relativo al delito de enriquecimiento ilícito, pero los demás incisos de ese mismo artículo, incluido el inciso 1), permanecen vigentes. Sin embargo, partiendo de la nueva regulación del delito de Tráfico de Influencias en el art. 52 LCCEI, ésta resulta más amplia, comprensiva y específica, por lo que el art. 346.1 CP se entiende derogado tácitamente.

Además, otro antecedente nacional más reciente, aunque de contenido diferente y más especializado, se encuentra el art. 67 de la Ley sobre Estupefacientes, sustancias psicotrópicas, droga de uso no autorizado y actividades conexas (llamada Ley de Psicotrópicos N° 8204 de 26 de diciembre del 2001). Esta norma recoge una conducta muy similar al delito de Tráfico de Influencias del art. 52 LCCEI, con la salvedad que su aplicación se limita a los ilícitos que se generen de dicha Ley de Psicotrópicos. Veamos el contenido del art. 67 Ley de Psicotrópicos N° 8204: "Se

impondrá pena de prisión de tres a ocho años a quien, directamente o por persona interpuesta, influya en un servidor público o autoridad pública, prevaliéndose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con él o con otro funcionario o autoridad pública, real o simulada, para obtener licencias, permisos o gestiones administrativas que faciliten la comisión de los delitos establecidos en esta Ley, con el propósito de lograr para ello, directa o indirectamente, un beneficio económico o una ventaja indebida para sí o para otro".

Esta disposición penal tiene una conformación similar al Tráfico de Influencias que se recoge en la LCCEI, pero dista en dos aspectos esenciales, por una parte: el tener exclusiva vinculación con los delitos provenientes de esta Ley de Psicotrópicos y en otra, la penalidad con que se encuentra sancionada, pues mientras el delito del art. 52 LCCEI la fija entre dos y cinco años, esta Legislación la regula en forma más severa, porque se sitúa en tres y ocho años.

b) Naturaleza jurídica: se está ante un *delito funcional*, identificado como un delito especial propio, donde la figura penal exige un elemento especial subjetivo, constituido por la condición de ser *funcionario público*. En caso de no concurrir este especial elemento subjetivo, la figura no podría ser aplicada en su condición de autor del delito.

c) Bien jurídico protegido: el tráfico de influencias es un delito autónomo, pues algunas veces se le quiere asociar directamente

con el del delito de cohecho, pero en realidad, una individualidad en su conformación del tipo objetivo que hace negar esa aparente similitud. En efecto, cuando se habla del tráfico de influencias y la "influencia", no se puede asociar al ofrecimiento de una contraprestación de carácter económico, que conduce al cohecho, sino, por el contrario, donde se expone en esencia la "influencia" y el "prevalimiento" más que la contraprestación económica.

Fijar el bien jurídico resulta difícil. Para algunos, se identifica con la lesión a "la imagen de la Administración Pública, pero no existe claridad sobre ello.

Se podría asumir una posición similar en el momento cuando se realiza el comentario al delito de enriquecimiento ilícito y, con alguna dificultad, incorporarle un nuevo bien jurídico, identificado con aquellas conductas que lesionan el "cumplimiento de los deberes de probidad y transparencia en la función pública".

Tipo objetivo.

El verbo rector de la figura penal del tráfico de influencias se identifica con el "influir". A lo que conduce es a la posibilidad de sancionar a un servidor público o particular por incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo.

Lo que se debe tener cuidado es acerca del contenido que brindemos a esta influencia, porque no se trata de cualquier

forma de influencia, como se ha querido ver desde el primer momento. En efecto, este influir requiere además, un prevalimiento, y lo que el art. 52 LCCEI lo que sanciona es el "influir" "prevaliéndose", constituyéndose en nuestra opinión, el elemento más importante, abusando de una situación de superioridad originada de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su condición personal o jerárquica con el funcionario a quien se dirige la influencia o con otro servidor público. En este último caso del llamado otro servidor público, nuestra legislación admite el tráfico de influencias en cascada, pues podría influirse con un servidor público que no necesariamente es quien toma la decisión final o el acto administrativo, sino que éste, a su vez, influirá contra otro funcionario que sí cuenta con esta potestad administrativa. En todo caso, el intermediario, también, podrá responder penalmente por el delito de tráfico de influencias.⁵⁹ Esta influencia debe limitar, en forma efectiva, la posibilidad de decisión del servidor público que tiene que resolver una situación concreta en el ejercicio de su cargo, al extremo, de lograr introducir en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos- .

Dentro de la idea del prevalimiento se pueden encontrar supuestos de "intimidación implícita" o de "chantaje moral", derivados del "clientismo político", "mejores perspectivas en la carrera política o profesional", "relaciones amorosas o afectivas", cada una de ellas con una fuerte carga sugestiva hacia el servidor público que debe tomar una determinada decisión. Estas especiales

⁵⁹ Chinchilla, Carlos. Op. cit 50.

situaciones se utilizan con el debido conocimiento y voluntad -dolo-, para provocar un actuar querido por el que usa este influir con prevalimiento. No obstante lo dicho, se debe tener sumo cuidado al utilizarse este tipo de relaciones, pues resultaría sumamente peligroso y alejado de la conducta típica, el tratar de incluir conductas desprovistas de nocividad social, como lo podrían ser, por su habitualidad, tomar un café o una copa con los amigos o, de igual forma, pertenecer a la misma asociación deportiva y compartir asientos juntos en un campo deportivo del club, reunirse por asuntos académicos o de interés social en actividades profesionales o comunitarias, concurrir a una fiesta o celebración social para participar de la amistad de una persona en común.

Otro aspecto interesante surge en dos situaciones algo cuestionadas, por un lado, el caso del cabildeo o lobby y, por otro, las famosas y muy conocidas, en nuestro medio, cartas de recomendación.

En el caso del cabildeo o lobby, se debe partir de la posibilidad del sujeto que lo realiza, la acción de influir ante el servidor público que debe tomar el acto o decisión. Por ello, no se trata del simple cabildeo o lobby que no cuenta con esa fuerza determinante sobre el servidor público; o a contrario sensu, cuando en efecto ese sujeto que realiza la acción indicada, cuenta con esa posibilidad seria y efectiva de motivar al servidor público a decidir en mi favor o tomar un acto o decisión conforme sus intereses. Se está ante una acción subsumible dentro de la figura

penal del tráfico de influencias -art. 52 LCCEI-. Un aspecto que resulta de especial relevancia es la influencia con prevalimiento que se genera por parte de las personas jurídicas -colectivas o morales- y que actualmente permanecen impunes, sin embargo, se considera que este punto en específico merece un estudio adicional con mayor profundidad, para plantear hacia el futuro, paradigma que hoy vivimos y el cual se considera necesario su rompimiento, para dirigir la atención hacia una reforma integral que incorpore la responsabilidad penal de las personas jurídicas, quienes entran y salen -siempre airoosamente y sin dificultad alguna- de delitos como el tráfico de influencias que corrompen a nuestros servidores públicos y perjudica seriamente nuestra Administración Pública y su finalidad del servicio público.

Por su parte, en el caso de las *cartas de recomendación*, se debe partir, nuevamente, de la necesidad de *influir con prevalimiento*. Esto último resulta posible, en el caso de las cartas de recomendación, cuando el servidor público quizás brinde o, de igual forma, el particular las extienda y tenga la posibilidad cierta de condicionar la decisión del servidor al cual se dirige la carta de recomendación. Fácil es pensar que, en el caso del servidor público que la confecciona a favor de otra persona, debe existir una relación de jerarquía superior sobre quien debe decidir o, al menos, de un sensible control político, que pueda determinar al servidor público a tomar la decisión, en el sentido de lo solicitado, conforme la carta de recomendación. También, cuando se habla de una intervención de un particular extendiendo una carta de recomendación, el tráfico de influencias se hará efectivo cuando esta persona cuente con vínculos

personales, familiares o políticos que hagan determinante su recomendación e imposibiliten al servidor público de resolver en forma contraria. Pensemos en el caso del alto dirigente de un partido político, al cual pertenece el servidor público que debe decidir y que realice una determinada recomendación, la cual podrá verse favorecida, debido al interés del servidor público de obtener, para un futuro gobierno, un puesto político o administrativo de más alta jerarquía.

Tipo subjetivo.

En cuanto al tipo subjetivo, no hay duda que se está ante un delito doloso, el cual no admite su ejecución culposa o imprudente.

Los elementos constitutivos de la conducta típica son "*influir*" y "*prevalimiento*", los cuales son incompatibles con un proceder culposos, sino que dirigen su atención a los elementos cognitivo y volitivo en el actuar humano que configuran el dolo.

Por otra parte, el ánimo inmerso de la descripción típica de obtener "*un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro*", nos alejan de cualquier consideración de comportamiento culposos, para encauzarnos dentro del ámbito propio del dolo.

CAPÍTULO III.

REFLEXIÓN DE UNA ACTUALIDAD QUE NOS OPRIME CON RAÍCES Y ALCANCES DE UN VIEJO FENÓMENO.

Los escritos de Platón, Aristóteles y Cicerón son testigos del fenómeno de la corrupción. El término tiene una larga connotación moral, que proviene del latín “corrompere” (etimológicamente, romper la unidad) y que en el siglo XI tenía una dimensión metafórica con la perversión y la corrupción del alma. En Francia, en la Asamblea Constituyente de 1789, los representantes resolvieron exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre. En este acto natural, los derechos del hombre se presentaron como un medio para luchar contra la corrupción, por lo que en el preámbulo de la Declaración de 1789 se recuerda que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las causas del malestar del público y la corrupción de los gobernantes. Muchos estudian la corrupción de los regímenes y no la corrupción de ellos, y es la ciencia política americana desde los años setentas la que otorga los fundamentos conceptuales necesarios para este análisis y se centra en la corrupción pública, y ésta implica un mínimo de separación entre la esfera privada y la pública. Y, también, formas como la corrupción negra, que corresponde a las prácticas más graves; la corrupción gris, condenada por la opinión pública, y la blanca, que sería tolerada. En estas épocas también, se desarrollan teorías para legitimar la corrupción, en ellas se considera, entre otras cosas que la

corrupción es consubstancial al hombre o que se produce inevitablemente en una sociedad de transición o de modernización, y evita revoluciones violentas; se prevé, además, su fin una vez terminado el proceso de desarrollo, porque incitan, por ejemplo, a las empresas a tener comportamientos no productivos. Pero la corrupción no es sólo un fenómeno moral, sino también, político, pues ataca los fundamentos del contrato social y de la libertad pública. La inefectividad de la ley, la posibilidad de algunos de ubicarse, gracias a prácticas de corrupción grises, por debajo de la ley atentan contra la esencia de la democracia, la legalidad y la justicia y ponen además obstáculos ilegítimos de las acciones de otros. La corrupción desaparece la confianza que hace posible el mecanismo de la representación y provoca una crisis de legitimidad del poder y desacredita la clase política y a los altos funcionarios del Estado, es fuente de inmovilismo social y de conservadurismo. Nadie acepta sacrificar su interés personal por el interés general. Además, conduce a discriminaciones y desigualdades. La lucha contra la corrupción debe abordarse en principio, por las incompatibilidades, porque ellas previenen los conflictos de intereses y evitan una influencia negativa o la duda de la parcialidad, limitan las tentaciones de abuso de poder e influencia para servir a un interés personal. En ese sentido, o se es abogado o se defiende al Estado. No podemos darnos el lujo de permitir esta doble función, porque lamentablemente parece que no todos los funcionarios están en capacidad intelectual ni jurídica de trabajar.

El Estado tiene la obligación de asegurar la satisfacción de, cuanto menos, ciertos niveles esenciales de cada uno de los derechos.⁶⁰

La legalidad internacional de los Derechos Humanos -en el ejemplo tomado consistente en el primer párrafo del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales- obliga a cada Estado Parte por tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga.

De este modo, se hace especialmente importante el control de los recursos económico-financieros de los estados, pues la efectividad de tales derechos se haya ligada estrechamente a la capacidad económica y financiera que tenga el estado en cuestión y, en consecuencia, a la disponibilidad de recursos asignados a la materia.

Es allí precisamente, donde entra en acción la corrupción y el consiguiente desvío de recursos, privando a los derechos humanos de todo contenido significativo y de vigencia sociológica.

Pues, no es novedad que una administración honesta y eficiente de los fondos públicos significa una mejor atención de las funciones sociales del estado, y por lo tanto, el desarrollo y mayor vigencia efectiva de los derechos humanos.

Poner de relieve esta cuestión, es que si todos debemos estar atentos a la medida de la realización de los derechos humanos, más especialmente, deberíamos estarlo respecto de las causas y motivos de su irrealización.

⁶⁰ Risso, Guido. Op. Cit 3

Los Derechos Humanos y la Democracia son valores indivisibles y esta relación entre Derechos Humanos y Democracia es una construcción permanente. No podemos hablar de democracia cuando se nos mueren los niños de hambre, mientras ponemos el voto en una urna y decir que sólo por eso vivimos en democracia y vemos tanta impunidad.

Así las cosas, consideramos de importancia finalizar el presente trabajo compartiendo un interesante artículo denominado “Paradojas sobre la corrupción” publicado en el periódico “La Nación” con fecha 20 de octubre del 2005, donde se hace referencia a una encuesta realizada por la Transparencia Internacional donde Costa Rica ocupa el puesto No. 6 en corrupción en América, además, donde se hace ver que surge un contrasentido si la causa del descenso de Costa Rica se debe a la publicación de las denuncias sobre la adquisición de equipo médico, precisamente, en Finlandia-país ejemplar en pulcritud moral según esta encuesta-y sobre las comisiones distribuidas por Alcatel, pues la corrupción se deriva de los actos cometidos o de la impunidad y ocultamiento, no de su publicidad y posterior enjuiciamiento de los responsables, lo que representaría un logro y avance para nuestro país ante los ojos del resto del mundo en cuanto al tema de corrupción se refiere, el cual se puede manifestar que siempre ha existido dentro de nuestra sociedad, pero que nunca ha sido atacado por parte de las instituciones encargadas de la manera enérgica que se ha realizado actualmente y que, sin embargo, falta mucho por hacer.

Siendo que al respecto en estos casos sonados en nuestro país, el Ministerio Público, después de algunos años sombríos por su inacción, colocó a Costa Rica, también, en los lugares de vanguardia en el mundo de la lucha contra la corrupción y de este modo, el Poder Judicial- Ministerio Público y jueces- y la prensa contribuyeron en gran medida por combatir la impunidad, madriguera y bastión de la corrupción y se deberá continuar con esta línea de trabajo o denuncias a efecto de establecer una correcta política criminal en contra de este tipo de ilícitos donde se ve afectada en gran medida la población costarricense.

Razón por la cual, consideramos que para realizar un trabajo efectivo anticorrupción es de suma importancia que se cuenten con los recursos humanos y materiales necesarios para desarrollar con eficiencia esta ardua labor que nos oprime día a día, debiendo comprometernos por desarrollar una correcta y adecuada política criminal, como se ha venido exponiendo en el presente desarrollo de este trabajo, donde explicamos el tema en específico sobre las posibilidades de implementar un adecuado tratamiento con la respectiva política criminal, con una visión y preocupación acerca de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, debiendo extenderse su campo de acción al menos potencialmente hacia el control de sus consecuencias y además, de su prevención, aspecto que hemos considerado de suma relevancia como solución al ataque de la corrupción, como asimismo los mecanismos y controles necesarios a efecto de detectar anticipada y preventivamente antes de que sea consumido el ilícito que venga a afectar el

bienestar social, político y democrático de un país como el nuestro, garantizando una adecuada seguridad ciudadana.

De esta manera, hemos dado respuesta al problema planteado inicialmente, asimismo, cumplido tanto el objetivo general y los específicos que fueron desarrollados durante los diversos apartes que referimos en esta monografía, todo con el fin de reflexionar y ser conscientes de las implicaciones tan graves que ha generado la corrupción con el pasar del tiempo y en la actualidad.

CUADRO 1: UNA PANORÁMICA DE LA CORRUPCIÓN EN EL ORBE⁶¹.

10 Principales Jefes de Gobierno	Fondos Supuestamente Defraudados	PIB per cápita 2001
Mohamed Suharto, Presidente de Indonesia, 1967-98	US \$15.000 a US \$35.000 millones	US \$695
Ferdinand Marcos, Presidente de Filipinas, 1972-86	US \$5.000 a US \$10.000 millones	US \$912
Mobutu Sese Seko, Presidente de Zaire, 1965-97	US \$5.000 millones	US \$99
Sani Abacha, Presidente de Nigeria, 1993-98	US \$2.000 a US \$5.000 millones	US \$319
Slobodan Milosevic, Presidente de Serbia/Yugoslavia, 1989-2000	US \$1 millardo	N/A
Jean-Claude Duvalier, Presidente de Haití, 1971-86	US \$ 300 a US \$800 millones	US \$460
Alberto Fujimori, Presidente de Perú, 1990-2000	US \$600 millones	US \$2.051
Pavlo Lazarenko, Primer ministro de Ucrania, 1996-97	US \$114 a US \$200 millones	US \$766
Arnoldo Alemán, Presidente de Nicaragua, 1997-2002	US \$100 millones	US \$490
Joseph Estrada, Presidente de Filipinas, 1998-2001	US \$78 a US \$80 millones	US \$912

⁶¹ Normas de Transparencia Internacional, Op cit. 23.

BIBLIOGRAFÍA:

- Armijo Sancho, Gilberto. Democracia, Justicia y Dignidad Humana, Homenaje a Wálter Antillón Montealegre, La tutela supra constitucional de los Derechos Humanos en Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, Primera Edición 2004, San José Costa Rica.
- Arroyo Gutiérrez, José Manuel. “El Ministerio Público y Estado de Derecho: El caso de Costa Rica.” Una oportunidad para reflexionar; XXV Aniversario del Ministerio Público. Poder Judicial. San José, Costa Rica. 2000.
- Bacigalupo Zapater, Enrique. Principios de Derecho Penal. Parte General. Madrid, segunda edición, 1990.
- Caja Costarricense de Seguro Social, Propuesta Nacional de lucha contra la corrupción. Foro de Concertación
- Cárdenas Fernando y González Jorge. Los Watergates Latinos. Ediciones B. Colombia 2006.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. Documentos básicos en materia de Derechos Humano en el Sistema Interamericano. Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José, Costa Rica. 2005. Pág.25
- Constitución Política de 7 de noviembre de 1949. San José, Costa Rica. Ediciones SEINJUSA. Costa Rica.1993
- Chinchilla Sandí, Carlos. Comentarios a la “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública” (LCCEI). (Ley N ° 8422 de 6 de octubre del 2004). En Revista El Foro del Colegio de Abogados de Costa Rica, año 4, número: 6- Agosto 2005.

- Chirino Sánchez, Alfredo. “La Política Criminal Populista y las Políticas de Persecución del Ministerio Público.” Una oportunidad para reflexionar; XXV Aniversario del Ministerio Público. Poder Judicial. San José, Costa Rica, 2000.
- Chirino Sánchez, Alfredo, Ley Modelo sobre Acceso a Información Administrativa para la Prevención de la Corrupción, en Construyendo Transparencia, Legislación Modelo para prevenir la corrupción. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación y División Jurídica. O.E.A. 2001.
- Chirino Sánchez, Alfredo, Perspectivas para una Teoría del Bien Jurídico en el momento actual. Democracia, Justicia y Dignidad Humana. Editorial Jurídica Continental, comp Juan Marco Rivero Sánchez, Javier Llobet Rodríguez. Primera Edición, San José, Costa Rica, 2004
- Declaración de París. www.parisdeclaration.org
- Estado de la Nación. Décimo Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, Ocho Preguntas y respuestas sobre la corrupción política en Costa Rica, San José, Programa Estado de la Nación. Pág. 301-322
- García Méndez, Emilio. El problema de la corrupción: una revisión latinoamericana. Revista ILANUD. Número 21-22. Junio-Diciembre 1987. San José, Costa Rica. Pág. 57
- Esquivel Soto, Yara. Control de la corrupción en el Sistema Costarricense. Cuadernos de Estudio del Ministerio Público. Número 8. Poder Judicial. Departamento de Publicaciones e Impresos. San José, Costa Rica. 2004.

- Joly, Eva. Impunidad. La Corrupción en las entrañas del poder. Fondo de Cultura Económica Argentina S.A. Buenos Aires, Argentina. 2003.
- Klitgaard, Robert, Combatiendo la corrupción, en Revista Nueva Sociedad, Caracas, N° 145, setiembre-octubre, 1996.
- Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública. www.pgr.go.cr/sinalevi
- Márquez Cárdenas, Álvaro Enrique, La Delincuencia Económica. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Limitada. Bogota, Colombia. 2004.
- Olivera, Raúl Israel. Corrupción en el Poder Judicial y el Ministerio Público. Editorial San Marcos. Lima, Perú, 2005
- Organización de los Estados Americanos O.E.A. construyendo Transparencia. Legislación modelo para prevenir la Corrupción. Subsecretaría de Asuntos Jurídicos. Departamento de Cooperación y Difusión Jurídica. O.E.A. 2004
- Relación Criminológica. Documento. Órgano divulgativo del Instituto de Investigaciones Penales y Criminológicas. Número 6. Universidad de Carabobo. Facultad de Derecho. Valencia - Venezuela. Años 1997-1998.
- Risso, Guido, Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La Revolución Inconclusa. Buenos Aires Ediar, 2005
- Rother, Larry; Forero, Juan. El poder del dinero sobre la moralidad. The New York Times. 6 de agosto del 2005
- Sabán Godoy, Alfonso. El Marco Jurídico de la Corrupción. Editorial Civitas S.A. Madrid, España. 1991

- Salazar Cambrónero, Roxana. Corrupción: Una visión desde la Sociedad Civil Acciones Efectivas en la lucha contra la Corrupción. Transparencia Internacional de Costa Rica, primera edición San José, Costa Rica, 2004
- Sandoval Terán, Arielli. Reflexiones sobre grupos de trabajo sobre derecho económico, social y cultural de ALOP. México. Octubre 2002. www.alop.or.cr
- Transparencia Internacional, Informe de Corrupción Mundial 2004, Londres, Reino Unido, 25 de marzo de 2004.
- Villarreal Fernández, Evelyn. Situando la corrupción política en Costa Rica en un debate más amplio. Undécimo Informe sobre el Estado de la Nación en desarrollo Humano Sostenible. Octubre 2004

INTERNET

- [www.cofanic.org.ve/ p-humanos-principal.htm](http://www.cofanic.org.ve/p-humanos-principal.htm)
- [www.sjsocial.org. Unitteled.PROM/infobasicadh/principal](http://www.sjsocial.org.Unitteled.PROM/infobasicadh/principal)
- www.cndh.org.mx/principal/documento/derechos/humanos
- www.iidh.ed.cr/siii/index_fl.htm: La Corrupción

