

Universidad de Costa Rica

Facultad de Derecho

*Legislación de control de la corrupción y el gasto
público y sus efectos sobre la política pública*

Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho

Raquel Chanto Víquez

Ciudad Universitaria Rodrigo Facio

San José, Costa Rica

-2010-



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACION



3 de febrero de 2010
FD-AI-T-155-10

Doctor
Daniel Gadea Nieto
Decano, Facultad de Derecho

Estimado Decano:

Hago de su conocimiento que el Trabajo Final de Graduación del (de la) estudiante **RAQUEL CHANTO VÍQUEZ**, carné **A31397**, titulado: "LEGISLACIÓN DE CONTROL DE LA CORRUPCIÓN Y EL GASTO PÚBLICO Y SUS EFECTOS SOBRE LA POLÍTICA PÚBLICA" fue aprobado por el Comité Asesor, a efecto de que el mismo sea sometido a discusión final.

Asimismo, el suscrito ha revisado los requisitos de forma y orientación exigidos por esta Área y lo apruebo en el mismo sentido.

De igual manera, le informo la conformación del Tribunal Examinador.

Tribunal Examinador	
Presidente (a)	Prof. Fernando Cruz
Secretario (a)	Prof. Edgar Abellán
Informante	Prof. Hubert Fernández Argüello
Miembro (a)	Prof. Federico Campos Calderón
Miembro (a)	Prof. Federico Sosto

La fecha y hora para la PRESENTACIÓN PÚBLICA de esta Tesis se fijó para el 24 de febrero de 2010, a las 6:00 p.m. en la Sala de Réplicas, ubicada en el quinto piso de la Facultad.

Atentamente,



Givier Rémy Gassiot
DIRECTOR

Marta



UNIVERSIDAD DE COSTA RICA
FACULTAD DE DERECHO
AREA DE INVESTIGACION



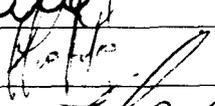
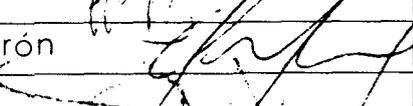
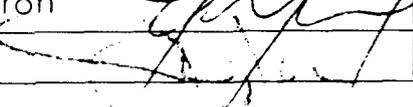
3 de febrero de 2010
FD-AI-T-156-10

Doctor
Olivier Rémy Gassiot
Director, Área de Investigación
Facultad de Derecho

Estimado Director:

Para los efectos reglamentarios correspondientes, nosotros (as) los (as) miembros (as) del Tribunal Examinador del (de la) egresado (a) (s), **RAQUEL CHANTO VÍQUEZ**, carné **A31397**, hacemos constar que en la fecha abajo indicado, nos ha (han) entregado un ejemplar de Trabajo Final de Graduación titulado:

"LEGISLACIÓN DE CONTROL DE LA CORRUPCIÓN Y EL GASTO PÚBLICO Y SUS EFECTOS SOBRE LA POLÍTICA PÚBLICA"

Tribunal Examinador, firma y aguse de la tesis	
Presidente (a)	Prof. Fernando Cruz 
Secretario (a)	Prof. Edgar Abellán 
Informante	Prof. Hubert Fernández Argüello 
Miembro (a)	Prof. Federico Campos Calderón 
Miembro (a)	Prof. Federico Sosto 

En consecuencia, estamos de acuerdo en que la réplica sea el día 24 de febrero de 2010, a las 6:00 p.m. en la Sala de Réplicas, ubicada en el quinto piso de la Facultad.

Atentamente,

TRIBUNAL EXAMINADOR

Marta

San José, 27 de enero de 2010

Dr. Daniel Gadea Nieto
Decano
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

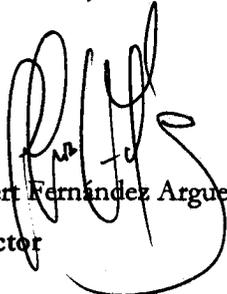
Estimado señor Decano:

Reciba un saludo cordial. Por medio de la presente me permito informarle que doy mi aprobación al trabajo final de graduación titulado "Legislación de control de la corrupción y el gasto público y sus efectos sobre la política pública", elaborado por la estudiante Raquel Chanto Víquez. Lo anterior pues considero que reúne todos los requisitos de fondo y forma necesarios para obtener el grado de Licenciatura en Derecho.

La tesis aborda el control de la corrupción desde la perspectiva conceptual e histórica, evaluando sus costos y resultados y proponiendo cambios con base en experiencias nacionales e internacionales. A partir de una variada metodología, la estudiante ha logrado demostrar empíricamente las principales implicaciones de la proliferación de control de la corrupción y el gasto público en el ordenamiento jurídico costarricense.

Considero que se trata de un trabajo de gran responsabilidad académica y de gran actualidad, lo que lo convierte en un valioso aporte para un debate que interesa a los actores políticos y a los operadores jurídicos de nuestro país.

Atentamente,



Hubert Fernández Arguello
Director

San José, 27 de enero de 2010

Dr. Daniel Gadea
Decano
Facultad de Derecho
Universidad de Costa Rica

Estimado señor Decano:

Reciba de mi parte un respetuoso saludo. En calidad de Lector de la tesis titulada “Legislación de control de la corrupción y el gasto público y sus efectos sobre la política pública”, doy mi aprobación a esta investigación por considerar que reúne los requisitos de fondo y forma exigidos para la obtención del grado de Licenciatura en Derecho.

La tesis contiene un análisis vertiginoso, sesudo y científico de un tema de gran actualidad en el entorno político-jurídico costarricense. Aborda los rasgos conceptuales, teóricos y jurídicos de la lucha contra la corrupción, al tiempo que evalúa los efectos que esa lucha ha tenido en la capacidad de la Administración de diseñar y ejecutar políticas públicas. De esta manera, no se limita al estudio del texto normativo, sino que observa también el entorno real en que dicha normativa opera.

El resultado es un trabajo excelente, de gran responsabilidad académica y de absoluto interés para el debate público costarricense.

Sin más que agregar se despide cordialmente,

MSc. J. Federico Campos Calderón
Lector de la tesis



26 de enero de 2010

Dr. Daniel Gadea

Decano

Facultad de Derecho

Universidad de Costa Rica

Estimado señor:

Sirva este medio para saludarle respetuosamente y manifestarle que he estudiado, en calidad de Lector, el trabajo final de graduación "*Legislación de control de la corrupción y el gasto público y sus efectos sobre la política pública*", elaborado por la estudiante Raquel Chanto.

La investigación de marras es un aporte de gran rigor científico respecto de un tema que condiciona y determina buena parte de la discusión política nacional. La tesis encuentra un balance entre las implicaciones jurídicas y políticas de la expansión de la legislación de control, haciendo referencia a fenómenos actuales de la realidad costarricense.

Por todo lo anterior, doy mi aprobación al trabajo final de graduación mencionado, por considerar que cumple con las condiciones de fondo y forma requeridas por esta Facultad.

Sin otro particular, atentamente,


Edgar Abellán

Lector

A mi familia, como todo

FICHA BIBLIOGRÁFICA

CHANTO VÍQUEZ (RAQUEL), “Legislación de control de la corrupción y el gasto público y sus efectos sobre la política pública”. Tesis de grado para optar al título de Licenciada en Derecho. Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 2010.

Director

Hubert Fernández Arguello

Lista de palabras claves

Corrupción – Sistemas normativos relevantes - Corrupción primaria y corrupción secundaria – Control de la corrupción – Incentivos - Grado óptimo de corrupción – Enriquecimiento ilícito – Control ex ante – Control ex post – Entrabamiento de la Administración – Percepción – Victimización – Declaración jurada de bienes – Productos de la política - Resultados de la política – Control estratégico – Gobierno Digital

RESUMEN

La investigación pretende realizar un análisis crítico de la respuesta político-jurídica que el ordenamiento costarricense ha brindado al fenómeno de la corrupción, mencionando sus características principales, sus costos y resultados y formulando recomendaciones para su posible reforma.

Se entiende por corrupción el *“uso ilegal del poder público para beneficio personal”*. El control de la corrupción es, en cambio, el conjunto de acciones, estrategias, controles y regímenes sancionatorios destinados a identificar, prevenir y castigar la corrupción oficial. Tanto la corrupción como el control de la corrupción entrañan costos para la Administración. Lo deseable es que el costo de combatir la corrupción no exceda el costo de la corrupción misma. Esto es, se debe respetar un *“grado óptimo de inversión”*.

La lucha contra la corrupción ha formado parte del ordenamiento jurídico costarricense desde las épocas de la Colonia. Sin embargo, las últimas décadas han visto una proliferación sin precedentes de la legislación de control, trayendo consigo un fortalecimiento de instancias como la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional, la Defensoría de los Habitantes, la Procuraduría de la Ética Pública, etc. Esto ha generado un sistema de control intensivo ex ante y ex post, aunado a una creciente penalización de conductas relacionadas con los deberes de la función pública, una mayor revisión de los procedimientos administrativos y una introducción de elementos no jurídicos en los procesos investigativos.

El peso de la lucha contra la corrupción como parte del Presupuesto de la República es considerablemente bajo, sin embargo, la lucha contra la corrupción significa un gasto ingente en términos de recursos dejados de ejecutar, debido a alambicados trámites administrativos. Además de los costos económicos, se puede concluir que la lucha contra la corrupción también ha contribuido con el entramamiento de la función

administrativa, con la dificultad del Estado de disponer del mejor recurso humano y con la erosión del sistema político, en donde la ética se ha convertido en un arma de combate partidario.

Todo esto debe ser confrontado con los resultados de la lucha contra la corrupción en el ordenamiento jurídico costarricense. Una revisión de los datos de percepción, victimización y sanciones en materia de corrupción revela que la profusa legislación aprobada para estos propósitos en Costa Rica, no ha generado un cambio sensible en la incidencia de corrupción en el país. Se cuenta con muchos instrumentos para perseguir la corrupción (productos de la política), pero esos instrumentos no han cambiado la realidad que estaban llamados a modificar (resultados de la política).

La investigación concluye con la formulación de seis lecciones, extraídas de la experiencia nacional e internacional, que pueden informar un proceso de reforma del control de la corrupción en Costa Rica: el tránsito de una cultura de sospecha ante el poder público a una cultura de responsabilidad del poder público; la introducción de criterios que permitan un control estratégico, en lugar de un control absoluto; el desarrollo de instancias de investigación técnica y altamente especializada; la consolidación de una estrategia de Gobierno Digital; la regulación de la ética en el sector privado, y la mejora en el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos y los medios de comunicación.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN.....</u>	<u>7</u>
JUSTIFICACIÓN	10
OBJETIVOS.....	11
HIPÓTESIS Y METODOLOGÍA	11
PRECISIONES	13
ESTRUCTURA.....	14
<u>CAPÍTULO I: EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN, APROXIMACIONES CONCEPTUALES Y TEÓRICAS</u>	<u>17</u>
1. EL CONCEPTO DE CORRUPCIÓN	17
1.1. LA CORRUPCIÓN EN EL TIEMPO.....	19
1.2. LA CORRUPCIÓN EN EL ESPACIO.....	21
1.3. CORRUPCIÓN Y SISTEMAS NORMATIVOS RELEVANTES.....	24
1.4. DEFINICIÓN.....	27
1.5. CORRUPCIÓN PRIMARIA Y CORRUPCIÓN SECUNDARIA	28
2. EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN	30
2.1. CORRUPCIÓN Y DESEMPEÑO ECONÓMICO	31
2.2. CORRUPCIÓN Y DEMOCRACIA	32
2.3. UNA CUESTIÓN DE INCENTIVOS	36
2.4. EL GRADO ÓPTIMO DE CORRUPCIÓN.....	38
3. LA UTOPIA DE UN ESTADO VACUNADO CONTRA LA CORRUPCIÓN	42

4. CONCLUSIÓN	46
----------------------------	-----------

CAPÍTULO II: EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN Y EL GASTO PÚBLICO EN COSTA RICA.... 48

1. BREVE DESCRIPCIÓN HISTÓRICA.....	48
1.1. LA COLONIA Y LA CONFORMACIÓN DEL ESTADO COSTARRICENSE	48
1.2. 1949-1989	52
1.3. 1989 HASTA LA FECHA: VEINTE AÑOS DE CONTROL DE CORRUPCIÓN.....	56
2. LEGISLACIÓN.....	67
EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, UN EJEMPLO.....	68
3. ACTORES.....	72
3.1. PODER EJECUTIVO.....	73
3.2. PODER LEGISLATIVO.....	80
3.3. PODER JUDICIAL	85
4. CARACTERÍSTICAS DEL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN Y EL GASTO PÚBLICO EN COSTA RICA	90
4.1. UN SISTEMA HÍBRIDO.....	90
4.2. LA PENALIZACIÓN COMO HERRAMIENTA DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	93
4.3. LA BÚSQUEDA DE LO OCULTO EN LO EVIDENTE Y EL PENSAMIENTO ILUSORIO.....	101
4.4. EL CONTROL COMO ÁRBITRO FINAL EN EL ESCENARIO POLÍTICO	102
4.5. LA META-JURIDICIDAD DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN	105
5. EL ESTADO COSTARRICENSE EN LA ACTUALIDAD: SU PROPIA ERA <i>POST-WATERGATE</i>	106
6. CONCLUSIÓN	112

CAPÍTULO III: COSTOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COSTA RICA 114

1. COSTOS ECONÓMICOS	115
-----------------------------------	------------

1.1. EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN Y EL GASTO PÚBLICO COMO PARTE DEL PRESUPUESTO DE LA REPÚBLICA	116
1.2. SUBEJECUCIÓN PRESUPUESTARIA.....	120
2. OTROS COSTOS	122
2.1. EL ENTRABAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN.....	122
2.2. EL RECURSO HUMANO.....	130
2.3. EROSIÓN DEL SISTEMA POLÍTICO.....	135
5. CONCLUSIÓN	138

CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COSTA RICA .. 141

1. LA CORRUPCIÓN QUE OCURRE.....	142
1.1. PERCEPCIÓN	142
1.2. VICTIMIZACIÓN.....	147
1.3. INVESTIGACIONES Y SANCIONES.....	150
2. ALGUNAS ACOTACIONES	163
2.1. EL EFECTO DISUASORIO	163
2.2. EL ERROR EPISTEMOLÓGICO: CONFUNDIR LOS PRODUCTOS DE LA POLÍTICA CON LOS RESULTADOS DE LA POLÍTICA (<i>OUTPUTS</i> Y <i>OUTCOMES</i>).....	166
3. CONCLUSIÓN	168

CAPÍTULO V: LECCIONES Y PROPUESTAS 170

1. DE UNA CULTURA DE SOSPECHA A UNA CULTURA DE RESPONSABILIDAD	172
2. CONTROL ESTRATÉGICO	175
3. INVESTIGACIÓN TÉCNICA Y ESPECIALIZADA.....	176

4. GOBIERNO DIGITAL.....	178
5. CONTROL DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO	180
6. ACCESO A LA INFORMACIÓN, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.....	182
7. CONCLUSIÓN	184
<u>CONCLUSIÓN GENERAL</u>	<u>187</u>
<u>FUENTES</u>	<u>191</u>
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	191
NORMATIVA.....	200
NACIONAL.....	200
INTERNACIONAL	202
RESOLUCIONES Y PRONUNCIAMIENTOS.....	203
ENTREVISTAS	203
PUBLICACIONES EN MEDIOS DE CIRCULACIÓN NACIONAL.....	204
OTRAS FUENTES	204

ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS

Tablas

Tabla 1. Legislación con algún componente de control de la corrupción, 1970-2009	67
Tabla 2. Principales cambios en el Título XV del Código Penal de Costa Rica, 1989-2009	94
Tabla 3. Diferencia porcentual entre votos para Presidente y votos para diputados del partido político victorioso, 1982-2010	108
Tabla 4. Presupuesto de algunas instancias de control 2006-2010, en millones de colones (según ley original, sin modificaciones)	116
Tabla 5. Plazas en el sector público y crecimiento interanual, 1994-2006	118
Tabla 6. Pasos de la contratación administrativa, responsables y duración aproximada del procedimiento	126
Tabla 7. Contratación directa como porcentaje del presupuesto de compra 2008, según sector institucional. En millones de colones	129
Tabla 8. Victimización en los últimos doce meses, 2001-2007	148
Tabla 9. Clasificación temática de las denuncias del 2008 ante la CGR	150
Tabla 10. Número de declaraciones juradas de bienes presentadas ante la CGR y porcentaje de empleados públicos que deben presentarlas 2005-2008	155
Tabla 11. Denuncias presentadas por la Contraloría General de la República ante el Ministerio Público por violaciones a la Ley 8422, 2008	156
Tabla 12. Casos penales entrados al sistema judicial según delito, 1998-2008	158
Tabla 13. Relación de condenados y absueltos en sede penal y por delitos contra los deberes de la función pública, 2003-2008	160

Tabla 14. Personas sentenciadas por tribunales penales según delito y tipo de resolución con sus porcentajes, 2008	161
Tabla 15. Relación entre denuncias y victimización, 2001-2008	162

Gráficos

Gráfico 1. Relación entre IPC, apoyo a la democracia y satisfacción con el sistema democrático, 2009	33
Gráfico 2. Descripción esquemática del grado óptimo de corrupción	39
Gráfico 3. Votos para Presidente y Vicepresidente del partido político victorioso en relación con votos para diputados de ese mismo partido, 1982-2010	107
Gráfico 4. Efectividad del Gobierno de Costa Rica según Indicadores del Banco Mundial, 1998-2008	122
Gráfico 5. Evolución del IPC, 1999-2009	144
Gráfico 6. Relación entre IPC, IIG, IGBM, 2007	145
Gráfico 7. Relación entre victimización e incentivos para la corrupción	165

INTRODUCCIÓN

*“Los hombres a menudo intentan escapar
de la oscuridad afuera y adentro
soñando sistemas tan perfectos
que nadie necesite ser bueno”*

-T. S. Eliot-¹

El control de la corrupción es el producto de una aspiración humana ancestral: el sueño de construir sistemas que no den cabida a comportamientos censurables; la esperanza, arraigada en lo más profundo de la formulación del Estado de Derecho, de que es posible forjar condiciones en las que “lo correcto” sea evidente para todos y obedecido por todos, bajo el apercibimiento de un ordenamiento jurídico capaz de garantizar que nadie se desvíe de los valores más sagrados en una colectividad.

Desde su concepción, y quizás más que ninguna otra área del Derecho Penal o del Derecho en general, la lucha contra la corrupción implica la enunciación de una utopía, la construcción de un ideal conforme con el cual no sólo es posible combatir algunas de las peores prácticas del comportamiento humano, sino incluso erradicarlas para siempre.

Esa utopía resulta tan venerable, su carga emotiva es tan poderosa, que nadie puede objetar válidamente su factibilidad sin pagar un alto precio. Existe una regla tácita que impulsa a los actores, particularmente a los actores políticos, a estar de acuerdo no sólo con la lucha contra la corrupción en general, sino también con cualquier mecanismo específico que esa lucha emplee en la consecución de sus objetivos. Conforme con esta regla, cualquier acción promovida para combatir la corrupción debe ser aplaudida. Cualquier crítica a esas acciones debe ser mancillada.

¹ T. S. Eliot, *The Rock* (1934), citado por MACKENZIE 2002 p. xv.

El control de la corrupción (y el excesivo control del gasto público, inspirado en la lucha contra la corrupción), se ubican de esta manera en una suerte de refugio político-jurídico, donde se pueden añadir elementos, mas no sustraer; donde las políticas existentes no están sujetas al escrutinio constante ni se alimentan de las críticas que, en general, nutren el debate público en una democracia, y donde falta una evaluación de los costos y beneficios que las decisiones públicas entrañan.

Reconocer esto no es trivializar el problema de la corrupción. Por el contrario, es asumirlo con la mayor seriedad. Porque la corrupción es cierta y sus consecuencias son graves, porque socava los fundamentos democráticos y cercena las posibilidades de crecimiento económico de los pueblos, porque dificulta el buen funcionamiento de la Administración Pública y la capacidad institucional de responder a las expectativas ciudadanas, los Estados deben ser muy cautelosos con las políticas que adopten para combatir este problema. Deben estar dispuestos a escrutar la eficiencia y eficacia de esas políticas y su peso relativo sobre la marcha general de las cuestiones públicas. En suma, deben estar conscientes de que no toda reforma es necesariamente beneficiosa y que los mecanismos de control no se justifican *per se*, sino con base en la realidad que regulan.

Se trata de realidad, en última instancia. Si los operadores políticos y jurídicos de un sistema no están dispuestos a evaluar cuál es el impacto que sus decisiones tienen en las circunstancias objetivas, si se niegan a enfrentar la evidencia en torno a los resultados de los controles impulsados, caen víctimas de una de las más antiguas trampas del Derecho: la confusión entre el ser y el deber ser, la pretensión de que aquello que se formula en el papel conjura *ipso facto* la realidad.

Esa actitud evasiva le hace un pobre favor a la lucha contra la corrupción, que merece un abordaje responsable. Un abordaje que inicia por extraer los controles anticorrupción de su "zona de confort". La presente investigación pretende ser un paso en ese sentido, una aproximación al tema del control de la corrupción que no santifique sin más los mecanismos adoptados, sino que los analice y los valore empíricamente, con el fin de determinar cuáles de ellos deben conservarse y cuáles deben mejorarse, en aras de reducir los niveles de corrupción existentes.

Esta valoración es indispensable para el ordenamiento jurídico costarricense, que ha asumido entusiastamente la tarea de implementar controles, pero no la tarea de evaluarlos. Con algunas notables excepciones, de parte del Programa Estado de la Nación y la Contraloría General de la República, no hay análisis sobre los resultados que ha rendido la profusa legislación de control aprobada durante las últimas décadas. Los mecanismos implementados se consideran logros en sí mismos, conquistas históricas que sólo merecen ser ampliadas, mas no reformadas.

Esta investigación demuestra, por el contrario, que la legislación aprobada no ha traído beneficios considerables, pero sí costos ingentes para la democracia costarricense. La capacidad del Estado de prevenir, detectar y sancionar la corrupción es hoy similar a lo que era hace 15 años, pero su capacidad de realizar las demás tareas que le han sido encomendadas es menor.

El problema con este estado de cosas es que combatir la corrupción es una responsabilidad pública importante, pero no es la única ni es la principal de las responsabilidades públicas. Perseguir la corrupción "*a toda costa*" no es una alternativa para un Estado que debe acometer, con igual urgencia, muchas otras labores.

Esto quiere decir que un Estado existe para mucho más que controlarse a sí mismo. Existe para brindarle a los individuos servicios y garantías para los que resulta insustituible. El control sólo se justifica en la medida en que facilite la capacidad estatal de responder cabal y eficientemente a esas demandas ciudadanas. Si, por el contrario, se convierte en un obstáculo para la gestión de políticas públicas, el control pierde su sentido, y pasa a formar parte de un sistema en donde la rendición de cuentas se convierte en un sustituto legítimo de la rendición de resultados.

Justificación

La pertinencia de este trabajo deriva de la necesidad de evaluar las políticas públicas, pero en particular aquellas que gozan de gran popularidad. Las políticas impopulares se robustecen a fuerza de cuestionamientos constantes. Las populares, en cambio, al no ser desafiadas, pueden acumular ineficacia tras el velo de su bondad.

Sin duda alguna, el control de la corrupción, y el control en general, es un tema popular. Quizás el más popular en el debate público costarricense de los últimos años. En pocas áreas ha existido un apoyo tan vehemente de parte de opositores políticos. Pocos problemas han gozado de tal nivel de atención, al menos en el plano discursivo.

Esto no es un fenómeno exclusivo del ordenamiento jurídico costarricense. Prácticamente todos los países del mundo, democráticos o autocráticos, desarrollados o en vías de desarrollo, han volcado su atención sobre el tema de la corrupción en el transcurso de las dos últimas décadas, suscribiendo instrumentos internacionales y promulgando legislación cada vez más estricta. Organismos como el Banco Mundial o la organización no gubernamental Transparencia Internacional, han ejercido sobre los gobiernos una presión considerable para que refuercen sus mecanismos de prevención, detección y sanción de la corrupción en la función pública y, con creciente regularidad, en la actividad privada.

Los últimos años han visto el *momentum* de la lucha contra la corrupción. El debate convoca a interlocutores de todas las extracciones sociales, políticas y académicas. Esta tesis busca realizar una contribución, aunque modesta y limitada, a ese debate, no sólo desde la posición crítica de la corrupción, sino también desde la posición crítica de *la respuesta a la corrupción*. Es la convicción más firme de la autora que tal crítica fortalece la *capacidad institucional de contender con la corrupción, en lugar de debilitarla*.

Objetivos

El objetivo principal de esta tesis es evaluar la respuesta político-jurídica que el ordenamiento costarricense ha brindado al problema de la corrupción en la función pública, señalando sus rasgos principales, estimando sus costos y sus resultados, y proponiendo posibles reformas.

Los objetivos específicos que se persiguen son los siguientes:

1. Brindar una definición tentativa al concepto de corrupción y trazar los rasgos teóricos principales de la lucha contra la corrupción.
2. Realizar una descripción del régimen de control de la corrupción y el gasto público en Costa Rica, exponiendo su evolución histórica, su situación actual, sus principales actores, sus instrumentos jurídicos y sus características distintivas.
3. Estimar los costos que la lucha contra la corrupción ha significado para la Administración Pública costarricense.
4. Constatar los resultados que la legislación aprobada ha rendido en la prevención, detección y sanción de la corrupción en Costa Rica.
5. Sugerir posibles reformas derivadas de la experiencia nacional e internacional en el combate a la corrupción.

Hipótesis y metodología

El presente trabajo pretende demostrar que el régimen jurídico actual de control de la corrupción y el gasto público en Costa Rica ha impactado negativamente sobre la capacidad del Estado de adoptar y ejecutar políticas públicas necesarias, sin haber contribuido, al menos más allá de los costos impuestos, a la capacidad de prevenir, detectar y sancionar la corrupción.

Se recurrió a técnicas de investigación documental y de campo con el fin de demostrar esta hipótesis. En la primera etapa, se realizó un estudio de las principales fuentes bibliográficas en torno al tema, la legislación, las resoluciones y los hechos noticiosos de mayor relevancia. A partir de estas fuentes, se extrajeron los datos relativos a la definición del concepto de corrupción, los postulados teóricos de la lucha contra la corrupción y los componentes del control de la corrupción y el gasto público en Costa Rica.

Se empleó el razonamiento inductivo para estimar algunas de las características del régimen del control en el ordenamiento jurídico costarricense, así como gran parte de sus costos. Debido a la naturaleza de la información analizada, muchas de las conclusiones extraídas son sólo probables, a partir de la observación de fenómenos político-jurídicos que son extremadamente complejos y que no excluyen la incidencia de otras variables. De ahí que para gran parte de los costos del control, no pueden obtenerse niveles de exactitud propios del razonamiento deductivo.

Se empleó el razonamiento deductivo, en cambio, para evaluar los resultados de la lucha contra la corrupción a partir de las estadísticas e informes disponibles, analizando los datos relativos a la percepción, victimización y nivel de denuncias y condenas en delitos contra los deberes de la función pública. De la misma manera, se dedujo de las fuentes de Derecho comparado y de la evaluación de la experiencia nacional, una serie de recomendaciones para mejorar el sistema actual.

Precisiones

Este trabajo es una evaluación empírica de la respuesta político-jurídica que el ordenamiento costarricense ha brindado al problema de la corrupción en la función pública. El objeto de estudio no es:

1. *La corrupción.* Lo que se pretende es evaluar la respuesta a la corrupción, no la corrupción misma (sobre este tema abundan las investigaciones a nivel nacional e internacional). En términos populares, esta investigación trata de realizar un análisis de la cura y no de la enfermedad.
2. *Los contenidos específicos de la legislación de control de la corrupción y el gasto público.* No se pretende realizar un análisis jurídico detallado de cada uno de los artículos que componen las leyes de control en Costa Rica, ni una evaluación dogmática de los diversos tipos penales incorporados a la legislación, sino tan sólo estudiar las principales innovaciones que dichas piezas legislativas incorporaron al ordenamiento jurídico costarricense, en el tanto incidieron en el mapa de poder institucional.
3. *Los casos específicos de corrupción ocurridos en el país durante las últimas décadas.* La investigación contiene referencia a algunos de los más conocidos casos de corrupción divulgados por los medios de comunicación nacional en épocas recientes, algunos de los cuales ya han recibido sentencia en los estrados judiciales. Sin embargo, no se pretende analizar la aplicación específica de la legislación en casos particulares, sino en general las implicaciones que ha tenido sobre el sistema de toma y ejecución de decisiones públicas.

Finalmente, esta tesis no constituye un ataque a la Contraloría General de la República, o a las demás instancias de control en el país, que en su gran mayoría no han hecho sino cumplir con los mandatos constitucionales y legales que el constituyente y el legislador les han ido asignando, muchas veces sin otorgarles recursos suficientes para ejecutar sus funciones.

Estructura

Esta investigación se encuentra dividida en cinco capítulos que responden a las siguientes preguntas:

1. ¿Qué se entiende por corrupción y qué se entiende por control de la corrupción?
2. ¿Cuáles son las características del régimen de control de la corrupción y el gasto público que actualmente opera en Costa Rica?
3. ¿Cuáles han sido los costos del control?
4. ¿Cuáles han sido los resultados del control?
5. ¿Cuáles reformas pueden implementarse para mejorar el sistema actual?

El primer capítulo aborda los desafíos semánticos relacionados con el vocablo “corrupción”, así como su evolución histórica, y brinda la definición que será empleada como herramienta de trabajo a lo largo de la investigación. Se detallan, además, las principales enunciaciones conceptuales y teóricas de la lucha contra la corrupción y las razones que justifican una respuesta político-jurídica al problema. Junto con esto, se elabora sobre el concepto de “grado óptimo de corrupción” y sobre las complicaciones político-discursivas que se presentan a la hora de proponer y evaluar medidas

anticorrupción. Finalmente, se detallan algunos de los rasgos principales de la lucha contra la corrupción en la era actual, denominada era *post-Watergate*².

El segundo capítulo inicia con una breve descripción histórica de la lucha contra la corrupción en el ordenamiento jurídico costarricense, dividida en tres grandes etapas. Se realiza un recuento de los actores del control, sus fines, sus responsabilidades y sus atribuciones y se resume la legislación vigente en torno al tema. Además, se reseñan las principales características de la legislación anticorrupción costarricense. Al final, se brinda evidencia del tránsito costarricense hacia su propia *era post-Watergate*.

El tercer capítulo evalúa los costos del control de la corrupción y el gasto público, divididos en “costos económicos” y “otros costos”. En los costos económicos, se estudia el impacto que el control de la corrupción ha tenido sobre el Presupuesto Nacional de la República y sobre la capacidad de ejecución presupuestaria del Estado costarricense. En los demás costos, se incluye evidencia sobre el entramamiento de los procesos (con énfasis en el procedimiento de contratación administrativa), la dificultad para disponer de recurso humano y el deterioro del debate público, en que la ética es empleada como un arma de combate y como una excusa para posponer la discusión sobre las reformas políticas más complejas.

El cuarto capítulo versa sobre los resultados del control, iniciando con una reflexión sobre las dificultades inherentes a la estimación de la corrupción que ocurre. Como medidores de corrupción se incorporan los índices de percepción, de victimización y de denuncias y sanciones en sede administrativa y judicial, evaluando la incidencia que la legislación de marras ha tenido en cada uno de ellos. Se realiza un breve análisis sobre el efecto disuasorio así como de la diferencia entre los productos y los resultados de la política.

El quinto y último capítulo recoge algunas enseñanzas que treinta años de la *era post-Watergate* han dejado, de las cuales puede nutrirse Costa Rica, ya sea de su propia

² Ver Capítulo I parte 1.1., *La corrupción en el tiempo*.

experiencia nacional o de la experiencia de otras naciones que han tenido mayor éxito en combatir la corrupción (Nueva Zelanda, Dinamarca, Singapur, Chile, etc.). Se propone una serie de medidas que el Estado costarricense puede adoptar en aras de lograr un control de la corrupción y del gasto que permita la construcción de un Estado que sea, a la vez, eficiente y transparente.

En suma, esta investigación busca contribuir a un debate que es fundamental, pero que hasta el momento ha sido incompleto: se habla de nuevos controles, o controles diferentes, sin sopesar las virtudes o defectos de los controles existentes. De manera análoga a lo que sucede en muchas otras áreas de la política y el Derecho en Costa Rica, existe una emoción por iniciar proyectos, pero no por darles mantenimiento. Antes de promover un mayor o menor número de controles o argumentar a favor de reformas radicales, se debe evaluar la experiencia nacional e internacional en la materia. De lo contrario, se corre el riesgo de repetir una historia cargada de buenas intenciones... y malos resultados.

CAPÍTULO I: EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN, APROXIMACIONES CONCEPTUALES Y TEÓRICAS

1. El concepto de corrupción

El abordaje del tema de la corrupción inicia indefectiblemente por el abordaje de su concepto. Sin embargo, esta tarea puede resultar algo riesgosa. La propensión generalizada de la literatura sobre el tema parece ser la de enumerar una serie de definiciones que pueden encontrarse en los textos más difundidos, señalar sus fortalezas y deficiencias, y proceder, finalmente, a brindar una nueva enunciación del concepto. De esta manera, hay tantas definiciones de corrupción como textos sobre corrupción se pueden encontrar, y varían desde la amplísima noción de *“la corrupción es un acto en contradicción con la ley”*³, hasta la equiparación de la corrupción con alguna forma específica de delito contra la administración pública (soborno, por ejemplo)⁴. Más allá de las discusiones académicas sobre las diferentes definiciones, y la conveniencia científica de emplear unas en lugar de las otras, es probable que ninguna se equipare plenamente con la idea, más bien vaga, del concepto de corrupción que tienen la opinión pública, los medios de comunicación y particularmente los actores políticos y jurídicos involucrados en lidiar con el problema de la ética en la función pública.

Cuando los individuos entrevistados para la elaboración del Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional responden a la pregunta *¿En qué medida*

³ MORENO OCAMPO 2000, p. 53. Esta cita, así como las demás que provengan de textos en inglés referidos en esta investigación, han sido traducidos libremente por la autora.

⁴ Para una descripción detallada sobre las diversas enunciaciones del concepto de corrupción, véase HEIDENHEIMER y JOHNSTON, *“Political Corruption. Concepts and Contexts”*. New Jersey: Transaction Publishers, 2001; o también MORENO OCAMPO, *“En Defensa Propia. Cómo salir de la corrupción”*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1993.

*puede el Gobierno contener exitosamente la corrupción?*⁵, o cuando los encuestados de Latinobarómetro contestan a la interrogante *¿Cuánto cree Ud. que se ha progresado en reducir la corrupción en las instituciones del Estado en estos últimos 2 años?*⁶, no contestan con base en las enunciaciones de HEIDENHEIMER, de KAUFMANN, de KLITGAARD, de ROSE-ACKERMAN, o de cualquier otro teórico de la materia, sino con base en una idea siempre aproximativa de un concepto cuyos límites distan mucho de ser claros.

Esta investigación pretende evitar, por lo tanto, la tentación de elaborar nuevos contenidos para el concepto de corrupción. Y pretende evitar, ante todo, la creencia de que es posible elaborar un concepto universal y hermético, inoculado contra las excepciones y valedero en cualquier contexto espacial y temporal. Aceptar la imposibilidad de realizar esta labor parte de un reconocimiento, desde las ciencias sociales, de la distancia que existe entre lo que puede plantearse en términos científicos y lo que puede entenderse en términos populares. Es necesario admitir que no es la ciencia -al menos no es exclusiva ni principalmente la ciencia- la que determina el contenido de las palabras. Es, antes que nada, el uso cotidiano que de ellas realizan millones de personas en los más diversos escenarios y coyunturas.

Incluso existiendo cierto consenso entre los integrantes de una colectividad respecto del contenido del concepto de corrupción, persisten todavía variaciones en el tiempo y el espacio que modifican constantemente ese contenido y lo relativizan. Lo que hace cinco décadas era considerado práctica habitual, hoy es penado con prisión; de la misma manera que lo que en una parte del mundo es promovido, en la otra es severamente sancionado. Ya lo reconocía AGUSTÍN DE HIPONA en sus *Confesiones*, hace más de dieciséis siglos: "*...lo que en un tiempo fue lícito, pasada su hora ya no lo es; que*

⁵ GRAF LAMBSDORFF 2008, p. 4.

⁶ Corporación Latinobarómetro 2008, p. 49.

*una acción está autorizada u ordenada en tal rincón, y en tal otro de al lado se le prohíbe y castiga*⁷. Sobre estas variaciones, tratan las siguientes secciones.

1.1. La corrupción en el tiempo

Un análisis somero de la evolución histórica del vocablo “corrupción” arroja luz sobre el hecho de su mutabilidad. Según se deriva de NOONAN⁸, la historia conceptual de la corrupción –que él equipara principalmente con el soborno- se puede dividir en, al menos, cinco etapas. Una primera que va desde el 3.000 a.C. hasta el 1000 d.C., en la que rige la regla de la reciprocidad (se interpreta que el favor ofrecido como consecuencia de una dádiva es tan sólo la correlación natural de la liberalidad recibida, es decir, la dádiva obliga a “reciprocitar” la generosidad con favores, sin que ello sea necesariamente percibido como comportamiento censurable). En esta etapa, existe confusión entre lo que hoy se entendería como un “don” o “regalo”, y lo que se vería como un “soborno”, siendo ambos sentidos cobijados bajo el vocablo latín *munera*.

La segunda etapa va desde 1000 d.C. hasta 1550 d.C., donde el concepto adquiere fuertes connotaciones religiosas, legales y literarias, a pesar de persistir la confusión entre las acciones englobadas en el vocablo latino. Surge aquí el ideal anticorrupción (la idea de combatir formas indebidas de tranzar), que se perfecciona en el tercer periodo, a partir de la segunda mitad del siglo XVI. Esta etapa se caracteriza por la traducción de la Biblia al inglés y a otros idiomas, y la búsqueda de expresiones equivalentes para el latín *munera*, conforme con los postulados de la ética protestante y la ética católica, según el contexto en que el término es empleado en las Escrituras.

⁷ BEERS 2002, p. 24.

⁸ COCCILO 2008, p. 22-25.

Así, en la primer traducción completa de la Biblia al inglés, publicada por el Obispo de Exeter, Myles Coverdale, el religioso emplea la palabra “regalos” para ciertos pasajes del Éxodo, Samuel e Isaías, sin embargo, usa la expresión sajona “*bribe*” para traducir la misma palabra –*munera*– en Eclesiástico 40:12 (“*el soborno y la injusticia desaparecerán...*”)⁹. Análogamente, la traducción de la Biblia al español conocida como Reina-Valera, la primera traducción literal completa y directa de la Biblia al castellano, también del siglo XVI, emplea la palabra soborno en diversas ocasiones, por ejemplo Deuteronomio 16:19: “*No tuerzas el derecho; no hagas distinción de personas ni aceptes soborno, porque el soborno ciega los ojos de los sabios y pervierte las palabras de los justos*”.

La cuarta etapa coincide con el surgimiento de los estados modernos y el movimiento constitucionalista de las naciones occidentales, instrumentos paradigmáticos de contención y control del poder. Se extiende desde la Constitución estadounidense de 1787 (y, podría agregarse, las correspondientes constituciones promulgadas por los estados americanos al momento de su independencia) hasta la serie de escándalos englobados bajo el término *Watergate*, ocurridos en los Estados Unidos entre los años 1972 y 1974, los cuales fueron causa de la renuncia del entonces Presidente estadounidense Richard M. Nixon, ante la inminencia de ser impugnado por el Congreso de su país.

Este periodo corresponde a una expansión de las libertades en las incipientes democracias americanas, en las que por primera vez surgen aparatos burocráticos a los cuales burlar. Es decir, que “*la noción de desviación requería el desarrollo de burocracias estructuradas, esto es, instituciones con códigos explícitos, escritos y públicamente accesibles que definían la función de sus despachos. Conforme avanzó el proceso de*

⁹ COCCILO 2008, p. 24.

*racionalización de las burocracias, la corrupción pasó a verse como una forma de patología política particular y ya no como una degeneración general*¹⁰.

La quinta etapa, conocida como la *era post-Watergate*, inicia con la promulgación, en los Estados Unidos, de la *Ley sobre la Ética en el Gobierno* (Ethics in Government Act) en 1978, y se caracteriza por un reforzamiento de las políticas de control en prácticamente todos los ordenamientos jurídicos del mundo. Los postulados fundamentales de la *era post-Watergate* serán analizados más adelante en este capítulo, pero basta decir que durante las últimas tres décadas las naciones han promovido una proliferación sin precedentes de legislación anticorrupción, asociada a una extensión cada vez más notable de la calificación de “corrupción” a conductas que se consideran contrarias a la Administración Pública. Organismos internacionales, como el Banco Mundial y la organización no gubernamental Transparencia Internacional, han jugado un rol cardinal en promover la lucha contra la corrupción como uno de los principales puntos de la agenda política de todos los países, tanto desarrollados como en vías de desarrollo.

1.2. La corrupción en el espacio

No obstante esta aparente universalización de la lucha contra la corrupción, subsisten profundas diferencias entre los países en cuanto a la punibilidad de determinados comportamientos considerados como corruptos, así como en cuanto a la severidad de las sanciones por cometerlos. Al respecto, sirva de ilustración el siguiente ejemplo esbozado por MORENO OCAMPO: *“el acto de sobornar a un empleado público en Argentina sería considerado distinto conforme con las reglas de diferentes países. Podría ser: 1. Prohibido conforme con la ley penal argentina. 2. Prohibido por ley en los Estados*

¹⁰ WARREN 2004, p. 329.

Unidos bajo ciertas circunstancias 3. Prohibido en el Reino Unido. 4. Permitido en Japón, Irlanda, Italia y Portugal. 5. Permitido y deducible de impuestos en:

A. Finlandia, Noruega y Suiza, si el soborno es considerado “práctica comercial normal” en Argentina. Es similar en Dinamarca siempre que la persona que reciba el soborno esté identificada.

B. Canadá, sujeto con la condición doble de que la petición de soborno no involucre a nadie operando en territorio canadiense y la persona que recibe el soborno sea identificada.

C. Australia, Francia, España, Nueva Zelanda y Suiza si la persona que recibe el soborno es identificada.

D. Austria, Bélgica, Alemania, Grecia, Luxemburgo y Holanda incluso si la persona que recibe el soborno no es identificada”¹¹.

Este ejemplo demuestra que un mismo comportamiento produce consecuencias jurídicas distintas precisamente porque es *calificado* de manera distinta, esto es, el Derecho lo “etiqueta” de determinada manera. La utilización de la etiqueta de “acto prohibido”, en lugar de “acto deducible de impuestos”, es enteramente arbitraria y no deriva de un contenido intrínseco del concepto de corrupción.

Irónicamente, y como podrá comprobarse a lo largo de esta investigación, algunos de los países que actualmente encabezan los rankings más empleados en la lucha contra la corrupción, toleran comportamientos expresamente vedados en países de mucho menor “puntaje” en integridad pública. Por ejemplo, Alemania, que en el 2009 ocupó el puesto número 14 en el Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional¹², permite conductas como la entrega de una dádiva a un funcionario público por el cumplimiento de su trabajo, si el funcionario público no la solicita y la

¹¹ MORENO OCAMPO 2000, p. 61.

¹² Transparency International, 2009.

reporta a su superior para su aprobación antes de recibirla o justo después de recibirla¹³. Este comportamiento es penado con prisión en Costa Rica, conforme con el artículo 340 del Código Penal y el artículo 40 del Reglamento de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, No. 32333-MP-J¹⁴.

Se colige de lo anterior que la mutabilidad del concepto de corrupción en el tiempo y el espacio constituye un obstáculo absoluto a la hora de lograr una definición valedera en todos los contextos históricos y geográficos. Antes bien, se debe aceptar que cualquier definición será siempre tentativa, limitada y sujeta a una larga lista de condicionantes, y que debe utilizarse más como herramienta de trabajo (tal y como se emplea en esta investigación), que como enunciación acabada. Para emplear la expresión de ANECHIARICO Y JACOBS, *“la corrupción es un nombre que aplicamos a ciertas reciprocidades por ciertas personas en ciertos contextos de ciertos tiempos”*¹⁵.

No obstante lo anterior, es común escuchar a los actores políticos –o incluso a los judiciales- emplear el concepto acompañado de una presunción de universalidad, en buena medida porque la lucha contra la corrupción es una lucha por la *ética* en la función pública, y por ende se ve sujeta a las mismas trampas que rodean a las discusiones sobre la ética: los individuos y sus grupos tienden a funcionar bajo el supuesto de que su sistema de valores es el único valedero en cualquier contexto y circunstancia. Separar el concepto

¹³ El Código Penal alemán así lo estipula en la **Sección 331. Aceptación de un beneficio.** (1) Un oficial público o persona con obligaciones especiales de servicio público que exija, se permita prometer o acepte un beneficio para sí mismo o para un tercero por el ejercicio de sus funciones, será penado con prisión de no más de tres años o una multa (...) (3) El acto no será punible en los términos de la subsección (1) si el perpetrador permite que le prometan o acepta un beneficio que no solicitó y la autoridad pública competente, dentro del rango de sus poderes, autoriza públicamente la aceptación o el perpetrador rápidamente lo reporta a la autoridad y recibe aprobación para su aceptación.

¹⁴ **Artículo 340. Cohecho impropio.** Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones.

Artículo 40. Prohibición. Se prohíbe terminantemente a los servidores públicos recibir dádivas, obsequios, regalos, premios, recompensas o cualquier otra ventaja como retribución por actos u omisiones inherentes a sus cargos.

¹⁵ ANECHIARICO y JACOBS 1996, p. 3.

de corrupción de las discusiones éticas, debe ser una de las aspiraciones principales de quien pretenda darle un contenido más objetivo a aquel vocablo.

1.3. Corrupción y sistemas normativos relevantes

Existe una histórica anfibología entre el Derecho y otros sistemas normativos, particularmente en materias relacionadas con la tensión entre los intereses públicos y privados en una colectividad. Esta anfibología se remonta al origen común de muchos sistemas normativos (por ejemplo el Derecho, la ética y la religión), y a la confusión que aún impera en el imaginario popular en torno a sus límites respectivos. De ahí que es común (y hasta podría parecer lógico), escuchar acusaciones de “inmoralidad” en las revelaciones sobre casos de corrupción que son discutidos en los tribunales de justicia; así como la referencia a aquello que es públicamente condenado por ser “legal pero inmoral” o “legal pero contrario al interés público” en la opinión de algunos actores políticos o grupos de presión.

Sobre el tema, señalan ZIMRIG Y JOHNSON: *“Todos los analistas aceptan que la corrupción es una desviación de ciertos estándares de conducta. La pregunta clave y el pivote en torno al cual gira el conflicto es, entonces, cuáles criterios usar en establecer esos estándares”*¹⁶.

Esos estándares, o conjunto de reglas más o menos sistematizadas, han sido llamados por algunos autores el *“sistema normativo relevante”*¹⁷. Es la desviación de ese sistema relevante lo que se considera un acto corrupto. Pero ¿cuál puede ser ese sistema que se toma como referencia? Parece haber, cuando menos, cuatro candidatos principales: la moral, la ley, el interés público y la opinión pública.

¹⁶ ZIMRING y JOHNSON 2005, p. 5.

¹⁷ E. GARZÓN VALDÉS 2003, p. 22.

Respecto del primer tipo, debe reconocerse la diferencia que existe entre los sistemas morales de un grupo de individuos, y la legislación que pretende regir los comportamientos de esos individuos desde un marco jurídico positivo (aún y cuando ese marco jurídico positivo se haya promovido y aprobado apelando a la moral). Es decir, que no es lo mismo hablar de legislación sobre la moral que de moral, como no es lo mismo hablar sobre normas jurídicas que aspiran a promover la ética que de ética¹⁸.

Los imperativos morales refieren al ámbito de la consciencia, la autonomía, la inmanencia, la intimidad y la autodeterminación. Es decir, son producto de la más íntima convicción de los seres humanos. Los imperativos jurídicos, en cambio, se caracterizan por ser externos, heterónomos y coercitivos. Un imperativo moral no puede imponerse a un individuo, sino es por medio de un imperativo jurídico (que apele a la fuerza como medio de coerción). Algunas normas morales son reforzadas de esta manera por el ordenamiento jurídico, mientras otras permanecen en el ámbito de las costumbres o los usos de una sociedad, sin ser por ello jurídicamente obligatorias. La elección de cuáles normas se convierten en Derecho y cuáles permanecen en el ámbito de la moral es absolutamente arbitraria.

El acto que un individuo comete en perjuicio de la Administración Pública, puede contravenir abiertamente las normas morales predominantes en la sociedad en que el acto es cometido, o puede también ser tolerado por los valores imperantes, pero no existe mecanismo viable, objetivo, general y eficaz para determinar esa relación. Es por eso que las sociedades modernas apelan al Derecho para evaluar la punibilidad de los comportamientos externos de los individuos y no prestan atención al ámbito de la intimidad, salvo en el análisis de tipicidad que determina la presencia de dolo (que debe

¹⁸ Se debe recordar que la ética es la aproximación filosófica a la cuestión de la moral y de las obligaciones del hombre (RAE 2009), esto es, que la ética es —o aspira a ser— *ciencia*, mientras la moral es el conjunto de *mores* o costumbres consideradas “buenas” o “malas” por una colectividad. Etimológicamente, sin embargo, ambos vocablos tienen el mismo significado y en la práctica son empleados indistintamente por los actores de la lucha contra la corrupción, por lo que se usan indistintamente en esta investigación.

ser, en todo caso, valorado de manera objetiva, como un estado del conocimiento y no como una postura moral).

Entiéndase que nada impide que la moral sea el sustrato que determine el contenido del concepto de corrupción¹⁹. Pero, tal y como se argumenta en este apartado, no es el único ni es el mejor de los sustratos. Siempre que se apela a los valores como mecanismo para efectuar un juicio de reproche, surge de inmediato la interrogante sobre quién es el legítimo interlocutor de los valores de una colectividad. Y ese interlocutor no puede ser señalado salvo por el establecimiento de estándares positivos y universales, de acatamiento obligatorio para todos. Esto es, ese interlocutor sólo puede ser un legislador.

Como sistema normativo, sólo la ley (entendida como Derecho positivo en general), confiere un parámetro objetivo y preponderantemente imparcial para establecer el contenido del concepto bajo estudio²⁰. Ello es evidente si se contrapone a la moral, que por ser íntima es subjetiva, pero es también evidente si se antepone al interés público y a la opinión pública.

Si el acto de corrupción se considera una transgresión al interés público no se hace sino trasladar a este segundo concepto (interés público) los desafíos de definición que presenta el primero, además de la innegable cuota de carga emotiva que se adhiere al proceso definitorio siempre que se introducen vocablos como el bien común, el bienestar general, el interés público, etc. Y ello opera *a fortiori* para la opinión pública, que aparte de la virtual imposibilidad de establecerse tanto conceptual como empíricamente, es por antonomasia volátil e inestable.

¹⁹ Se debe insistir en que las palabras no tienen un contenido *per se*, sino conforme con las convenciones sociales. La corrupción requiere de un estándar que sea "corrompido", pero ese estándar puede ser cualquiera que una colectividad designe. Puede ser un estándar religioso o moral, puede ser un estándar científico o académico, puede ser incluso un estándar sectario o familiar.

²⁰ Piénsese, por ejemplo, en la monumental tarea de sancionar comportamientos con base en una definición como ésta: la corrupción es "toda conducta que transgreda o atente contra principios y valores de justicia social y democracia" (HERNÁNDEZ DÍAZ 2004, p.24).

Debe entenderse, por lo anterior, que para los efectos de esta investigación se utilizará el Derecho positivo como equivalente de ese sistema normativo relevante que resulta transgredido con el acto corrupto. Se rechaza, por subjetivos, indeterminables, emotivos y volátiles, tanto la moral como el interés público y la opinión pública en la determinación del concepto²¹.

1.4. Definición

Habiendo reconocido estas limitaciones, y aceptando desde el principio que se trata más de un parámetro de referencia que de una enunciación concluida, se adopta como herramienta de trabajo una definición popular en los textos científicos: la corrupción es *“el uso ilegal del poder (público) para beneficio personal”*²².

²¹ Debe indicarse, sin embargo, que aunque la ley se tenga como sistema normativo relevante para el concepto de corrupción, la palabra corrupción rara vez es empleada en la normativa de cualquier país. Por lo tanto, no es que el acto corrupto constituya *la realización del delito de corrupción*, sino la violación de algunas normas positivas establecidas en el ordenamiento. Tal y como se verá más adelante, también pueden existir diferencias de criterio en cuanto a cuáles de las normas transgredidas dan lugar a un acto ilícito que podría calificarse de “corrupto”, y cuáles darían lugar a actos sólo “ilícitos” o “delictivos”. Una persona podría considerar, por ejemplo, que la injerencia política de autoridades judiciales (un acto expresamente prohibido por la ley) constituye “corrupción”, mientras otra podría considerar que se trata de un comportamiento ilegal sin relación con aquel concepto.

²² ZIMRING y JOHNSON 2005, p. 4. A esta definición debe agregarse la propia aclaración de los autores en cuanto a que el beneficio personal puede referirse a mucho más que dinero o propiedad tangible (ZIMRING y JOHNSON 2005, p. 4). Debe añadirse, también, que el beneficiado personalmente no es por fuerza quien ejerce ilegalmente el poder, sino que puede ser cualquier persona o grupo de personas (físicas o jurídicas).

1.5. Corrupción primaria y corrupción secundaria

Todo acto de corrupción es una desviación de un sistema normativo, pero el grado de esa desviación es importante. No es lo mismo lidiar con un Estado en donde las instituciones funcionan relativamente bien y hay ocasionales transgresiones individuales a la ley (por ejemplo el pago de un soborno a un oficial de tránsito para evadir una multa), que lidiar con una corrupción multitudinaria que pervierte las mismas reglas del juego que caracterizan el entramado institucional de un país. Es decir que no es lo mismo un acto de corrupción *dentro* del Estado de Derecho que la corrupción *del* Estado de Derecho.

Señala KLITGAARD que: *"Los actos de corrupción difieren en extensión y en tipo. Alguna corrupción es 'independiente', como cuando los individuos o pequeños grupos de individuos intentan aprovecharse de sus poderes de monopolio para generar sobornos. Algunas veces, desgraciadamente, la corrupción se vuelve sistemática. Dos autores han distinguido recientemente entre una forma de corrupción que es análoga a un foul en el deporte, y otra que es un rompimiento de las reglas que definen y refuerzan los fouls. En el último caso, todo el deporte colapsa. Luis Moreno Ocampo lo llama 'hipercorrupción'. Herbert Werlin lo cataloga como 'corrupción secundaria'"*²³.

Se debe distinguir, entonces, entre el tipo de corrupción que constituye una violación a la normativa vigente (por ejemplo la utilización de un vehículo oficial para fines personales), y el tipo de corrupción que debilita el sistema que sostiene dicha normativa (por ejemplo el soborno multitudinario de jueces y legisladores). La primera forma se encuentra dentro del control de la Administración: es el comportamiento de un individuo que es previsto por el ordenamiento, y puede ser investigado, juzgado y sancionado como tal. La segunda forma representa una grieta severa en el Estado de Derecho, que vuelve inútil la legislación de control de la corrupción.

²³ KLITGAARD 2000, p. 3-4.

La confusión entre la corrupción primaria y la corrupción secundaria puede generar consecuencias prácticas considerables. Un acto ocurrido dentro de un contexto de corrupción primaria no implica una *falla* en el sistema, sino precisamente una de las causales que lo ponen a funcionar. La prebenda aceptada por un funcionario público es el hecho que se liga a la consecuencia prevista por el ordenamiento, conforme con la estructura de la norma jurídica; y no es signo de inopia o de disfuncionalidad del sistema – al menos no en términos *jurídicos*-. Si los individuos que cometen actos de corrupción son detectados, investigados y sancionados, no existe motivo suficiente para aprobar más normas asociadas a ese mismo comportamiento (a menos que se trate de normas preventivas)²⁴. Sin embargo, existe a menudo la propensión a abogar por más sanciones y mayor control aún en los casos en donde las sanciones y el control *existentes* cumplieron su función de detectar el acto indebido.

La abundante creación de legislación de control de la corrupción en el ordenamiento jurídico costarricense, aunada a una institucionalidad pública sofisticada y un respeto considerable al Estado de Derecho, contribuyen a catalogar a Costa Rica como un país en donde predomina el primer tipo de corrupción. El Reporte de Integridad Global de 2007 calificó a Costa Rica como *moderada* en términos globales en cuanto a integridad pública, con un puntaje de 79/100²⁵. Sin embargo, le otorgó un 94/100 en el rubro de *contratación pública*, 99/100 en *Ombudsman nacional*, 100/100 en *institución auditora suprema* y 100/100 en *legislación de control de la corrupción*²⁶. Por su parte, el Banco Mundial ha calificado a Costa Rica positivamente en los Indicadores Globales de Gobierno y Anticorrupción, otorgándole un rango²⁷ de 77.4 en voz y rendición de cuentas, 65.1 en

²⁴ Sobre el tema, ver el acápite del próximo Capítulo dedicado a la penalización de conductas como rasgo distintivo de la lucha contra la corrupción.

²⁵ Gran parte de la explicación de este puntaje obedece al hecho de que el país obtuvo una nota de 41/100 en el rubro de *privatización*, lo cual plantea la interrogante de si, en efecto, la privatización constituye un parámetro de integridad válido.

²⁶ Global Integrity 2007.

²⁷ Indica el rango de un país entre todos los países del mundo. 0 corresponde al rango inferior y 100 al rango superior.

estabilidad política, 65.7 en calidad regulatoria, 62.7 en Estado de Derecho, y 70.0 en control de la corrupción, ubicándolo siempre por encima de la mediana en cumplimiento de estos objetivos²⁸.

Tal y como se expresó, de lo anterior se puede deducir que el nivel de corrupción del país se encuentra aún dentro del marco de control del Estado de Derecho, es decir, que las autoridades nacionales contienden básicamente con expresiones de la corrupción primaria, dentro de las reglas de juego establecidas en un régimen democrático robusto. Por lo tanto, salvo aclaración en contrario, siempre que en el presente trabajo se emplee el vocablo “corrupción”, debe entenderse como “corrupción primaria”.

2. El control de la corrupción

Se debe distinguir el fenómeno de la corrupción de la respuesta político-jurídica que a ese fenómeno brinda un ordenamiento: el *control de la corrupción*²⁹. Por control de la corrupción se entenderá *“las leyes, regulaciones y estrategias administrativas, así como los pesos y contrapesos inter e intraorganizacionales y las instituciones destinadas a definir, identificar, prevenir y castigar la corrupción oficial”*³⁰.

Son múltiples las razones que han catapultado el control de la corrupción, en particular consideraciones de orden económico y político, como las que se explican a continuación.

²⁸ KRAAY, KAUFMANN y MASTRUZZI 2009.

²⁹ Se emplea el término “control de la corrupción” en lugar de “lucha contra la corrupción”, por ser el primero más frecuente en los textos consultados.

³⁰ ANECHIARICO y JACOBS 1994, p. 465.

2.1. Corrupción y desempeño económico

El control de la corrupción, en Costa Rica o en cualquier parte del mundo, no es reciente. Sin embargo, ha experimentado un poderoso impulso durante las tres últimas décadas, en lo que coincide con la quinta etapa de evolución del concepto de corrupción, y con nuevas formas de abordar el problema. A raíz de una serie de estimaciones sobre el impacto que puede tener la corrupción en el crecimiento económico de las naciones y en la atracción de inversión como parte del Producto Interno Bruto, la corrupción se señaló como una de las causas que atan a los países más pobres al subdesarrollo (sin ser, por supuesto, un mal exclusivo de los países en vías de desarrollo). Los descubrimientos realizados por MAURO en este sentido, establecieron una tónica que perdura aún en la literatura científica, al establecer que la corrupción disminuye la inversión en los países y, por lo tanto, reduce las posibilidades de crecimiento económico. Por ejemplo, encontró que si Bangladesh lograra mejorar la integridad y la eficiencia de su burocracia, llevándola a los niveles de la de Uruguay, su tasa de inversión aumentaría en casi un 5% y su Producto Interno Bruto anual crecería más de 0.5 puntos porcentuales³¹.

Un sector de la ciencia argumenta que, en ciertos escenarios, la corrupción puede resultar beneficiosa en términos económicos. Las principales premisas planteadas apuntarían hacia la posibilidad de que los sobornos “aceiten” los mecanismos burocráticos para hacerlos avanzar más eficientemente, generando incentivos adicionales para el buen desempeño de los empleados públicos³². Según esta tesis, los mercados corruptos funcionarían de una manera similar a los mercados libres, en donde el monto del soborno simplemente se suma al costo total de la transacción. En la medida en que la posibilidad de sobornar sea accesible a todos por igual, sostienen, no hay mayor diferencia entre el concurso en un mercado legal y el concurso en un mercado corrupto. El contrato, el

³¹ ADES y DI TELLA 2000, p. 20.

³² ROSE-ACKERMAN 1999, p. 9-26.

servicio o el beneficio será asignado “al mejor postor”, tal y como ocurre en circunstancias legales.

Sin embargo, esta tesis no parece tener asidero en la experiencia cotidiana. Lo cierto es que la dinámica de las negociaciones corruptas tiende al encubrimiento, y como tal, vulnera la situación de igualdad en el acceso a la información que caracteriza a la competencia en el libre mercado. El análisis excluye, además, la posibilidad de que los peores candidatos –en razón de la calidad del servicio- sean a su vez los más dispuestos a realizar pagos irregulares o mayores, algo que no es ajeno a la historia reciente de muchos países, y ciertamente no es ajeno a la historia reciente de Costa Rica (piénsese, por ejemplo, en los pagos realizados con el fin de lograr la aprobación del “Préstamo Finandés”, con el que se adquirió una gran cantidad de equipo de mala calidad para el sistema de salud costarricense).

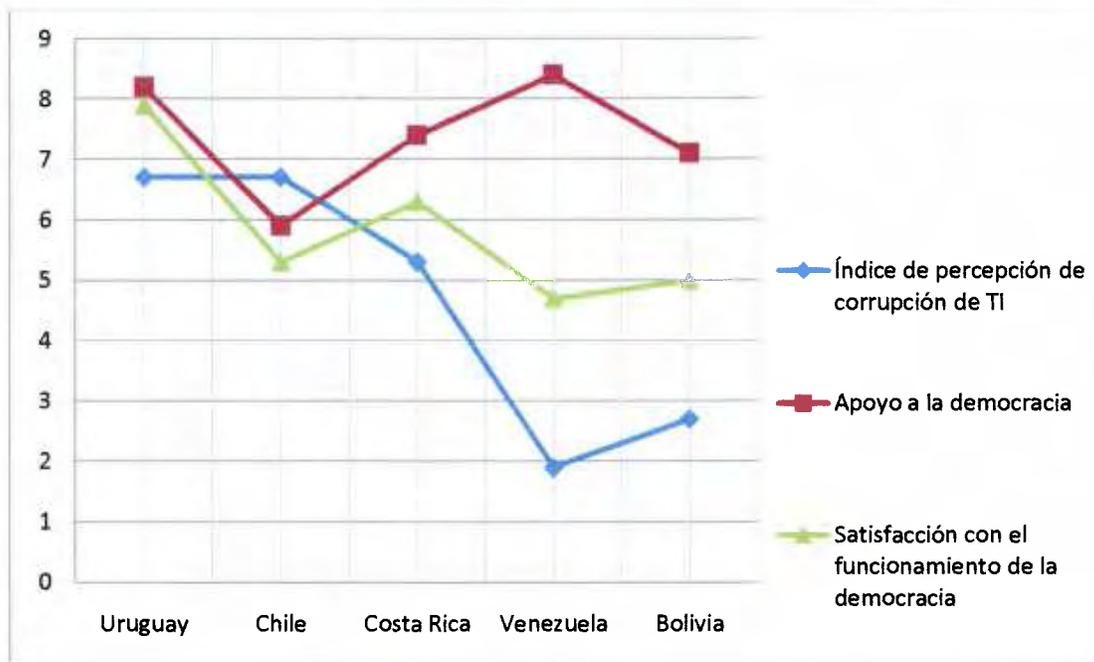
Adjudicar beneficios públicos con el criterio de quien esté dispuesto a pagar más puede parecer beneficioso para las arcas públicas a primera vista, pero acaba por ser desastroso en el largo plazo. Además, por provechoso que pueda parecer, por ejemplo, asignar líneas de teléfono o brindar atención médica a quien esté dispuesto a pagar más por el servicio, ello contradice el principio de universalidad en la prestación de los servicios públicos.

2.2. Corrupción y democracia

Aunado a las aproximaciones económicas al tema de la corrupción, son populares, también, los análisis desde las ciencias políticas. Se considera que la corrupción socava la adhesión ciudadana al sistema democrático y dificulta el desarrollo de una cultura de confianza en las instituciones públicas, necesaria para el mantenimiento del Estado de Derecho.

Esta relación no parece ser infalible, como lo demuestra el divorcio entre la percepción de la corrupción en algunos países latinoamericanos y su apoyo y satisfacción con la democracia. El Gráfico 1 muestra esa separación en países como Venezuela y Bolivia.

Gráfico 1. Relación entre IPC, apoyo a la democracia y satisfacción con el sistema democrático, 2009



Fuente: Elaboración propia con base en datos de Latinobarómetro 2009 y Transparency International 2009

Lo que sí parece tener relación con el apoyo a la democracia son los medidores de victimización, estudiados en el Capítulo IV de la presente investigación, que se elaboran con base en sondeos y encuestas a la población sobre actos de corrupción que los ciudadanos hayan experimentado en su esfera personal o familiar. En este sentido, señala el Estado de la Nación: *“La incidencia de los actos corruptos es importante porque hay una relación directa entre la victimización por esta causa y el apoyo al sistema democrático.*

*Las personas que no han sido víctimas de corrupción muestran consistentemente un mayor apoyo a la democracia que los que sí lo han sido”*³³.

Esto es así en una esfera individual. Sin embargo, al ser trasladados al contexto nacional –en donde muchos otros factores inciden en el apoyo al sistema democrático– ocurren casos en donde altos niveles de victimización coinciden con altos niveles de apoyo democrático (Bolivia, por ejemplo)³⁴.

Incluso si la corrupción no incidiera sobre la actitud de los individuos en torno a la democracia, los teóricos de la materia sostienen que la corrupción rompe el vínculo entre la toma de decisiones colectivas y el poder de la gente para influenciar esas decisiones colectivas, el mismo vínculo que define la democracia. De esta forma, la corrupción reduce el dominio efectivo que la población detenta sobre la acción pública³⁵.

En síntesis, se argumenta que la corrupción genera un patrón de exclusión incompatible con los postulados democráticos, de forma tal que algunos individuos son discriminados negativa e ilegalmente en decisiones de carácter público. Esa discriminación les significa, además, un perjuicio, toda vez que la decisión pública involucrada gira, por lo general, en torno al otorgamiento de un beneficio. De esta manera, el individuo que participa en un concurso con el objetivo de adquirir la concesión para construir una carretera, por ejemplo, no sólo es excluido del proceso de manera ilegal en el momento en que la concesión es secretamente pactada por una transacción corrupta, sino que además sufre un perjuicio en el sentido de *ganancia dejada de percibir*. Es esa exclusión la que resulta odiosa para el sistema democrático.

Aunado a lo anterior, algunos han asociado el fenómeno de la corrupción con las tendencias autoritarias de ciertos gobiernos, sosteniendo que la corrupción es más

³³ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2008, p.329.

³⁴ Según el Barómetro de las Américas, Bolivia encabeza la lista latinoamericana en “victimización por corrupción por empleados públicos”, con un 18,0% de la población que reporta haber sido víctima de la solicitud de un soborno por parte de un empleado público (ORCES 2009). Sin embargo, presenta un apoyo a la democracia superior al de Chile, que presenta el grado más bajo de victimización con apenas un 1,2%.

³⁵ WARREN 2004, p. 328.

propensa a ocurrir ahí donde la transparencia que caracteriza a los sistemas democráticos es menos común. Sin embargo, la relación entre democracia y bajos índices de corrupción está también lejos de ser probada en términos absolutos³⁶. Al menos la historia reciente del retorno latinoamericano a la democracia, así como el establecimiento de regímenes democráticos en Europa del Este, parece evidenciar que hay otros factores involucrados y que una institucionalidad débil, incluso en un sistema democrático, puede ser igual de propensa a la corrupción que el aparato estatal de un régimen autoritario³⁷.

Se debe reconocer, a pesar de estos argumentos, que en última instancia la principal razón política para combatir la corrupción, es la presión que sobre los gobernantes ejerce la opinión pública, exigiendo medidas severas como prueba de la propia integridad de los representantes. Los escándalos de corrupción ocurridos bajo el mandato de una Administración se reflejan sobre sus cúpulas, ya sea porque se cree que las cúpulas conocían de las transacciones corruptas (como fue en el caso Watergate), o porque se cree que son responsables de las mismas, en razón de una aplicación *sui generis* de los principios del Derecho Civil de la *culpa in vigilando* y la *culpa in eligendo*.

Se deriva de esto una conclusión que resulta fundamental para comprender el contenido de este trabajo: más que ninguna otra forma delictiva, la corrupción se considera responsabilidad de la Administración. Por ello, los principales tomadores de decisiones en un Gobierno querrán anticipar la posibilidad de un escándalo durante su administración a través de la aplicación de mecanismos preventivos, y experimentarán una presión considerable para imponer sanciones severas en caso de que ocurran hechos calificados de corruptos durante su permanencia en el poder. De ahí que las aproximaciones teóricas de la economía y las ciencias políticas no deben eclipsar el

³⁶ TULCHIN y ESPACH 2000, p. 6.

³⁷ Singapur, por ejemplo, un república con características híbridas de democracia y autocracia, en donde un único partido domina el escenario político, ocupa el puesto No. 3 en el Índice de Percepción de Corrupción y ha sido catalogado como uno de los ordenamientos que más eficientemente ha logrado luchar contra la corrupción.

estudio del control de la corrupción como una *función discursiva* de todo sistema gubernamental moderno. Darle contenido real a esa función discursiva debe ser la principal tarea de una reforma eficaz de control de la corrupción; una reforma que, como se verá, debe lidiar con los incentivos otorgados por el propio sistema para la actuación corrupta.

2.3. Una cuestión de incentivos

El control de la corrupción se ha enfocado en las últimas décadas en modificar los incentivos y desincentivos que los sistemas políticos y jurídicos otorgan a los funcionarios para cometer —o abstenerse de cometer— un acto ilegal. Este enfoque parte del supuesto de que no hay “manzanas buenas” y “manzanas malas” en los cargos públicos, sino que hay una mayor o menor combinación de factores que incitan a una persona a la corrupción. La visión preponderante en la actualidad argumenta que el instinto humano a la búsqueda del interés personal es un instinto común, y como tal, debe ser limitado a través de los mecanismos institucionales, para que no se manifieste en forma de corrupción. Si el sistema se limita a remover de sus cargos a las personas que cometen actos corruptos, pero no modifica los incentivos para la corrupción, simplemente logrará la sustitución de los corruptos, pero no la disminución de la corrupción.

Señala ROSE-ACKERMAN: *“Obviamente, existen alrededor del mundo delicadas diferencias en términos de cultura y valores básicos. Pero hay un motivador humano que es al mismo tiempo universal y central para explicar las experiencias divergentes de los distintos países. Ese motivador es el interés personal, incluyendo el interés en el bienestar de la familia propia y del grupo al que se pertenece. Los críticos lo llaman codicia. Los economistas lo llaman maximización de utilidades. Cualquiera que sea la etiqueta, las sociedades difieren en su manera de canalizar ese interés personal. La corrupción*

*endémica sugiere un fracaso general para emplear ese interés personal en fines productivos*³⁸.

Ha sido KLITGAARD el enunciador de una fórmula que explica la corrupción con base en los incentivos institucionales y no en actores específicos. *“El secreto para una reforma exitosa”, sugiere, “es cambiar las políticas y los sistemas, en lugar de realizar una cacería de culpables aislados, añadir nuevas leyes y regulaciones o hacer llamados a una renovación moral”*³⁹. Su fórmula, reproducida en decenas de libros y artículos, establece que:

$$C = M + D - A$$

Corrupción = Monopolio + Discreción – rendición de cuentas con responsabilidad
(*accountability*)

Se desprende de aquí que, independientemente del país en que se encuentre, o el funcionario público del que se trate, existirá mayor corrupción ahí donde pocos funcionarios tengan el monopolio de las decisiones y una amplia discrecionalidad para ejecutarlas, sin ser responsables por sus acciones. En este escenario, rige la arbitrariedad en la asignación de los bienes o servicios brindados por la Administración, y como consecuencia se abre un espacio para el ofrecimiento de incentivos ilegales para obtener el beneficio buscado. *“Una estrategia contra la corrupción, por lo tanto, no debería empezar o terminar con una fulminación sobre la ética o la necesidad de un nuevo acervo de actitudes. Antes bien, debería buscar con sangre fría vías para reducir el poder de*

³⁸ ROSE-ACKERMAN 1999, p. 2.

³⁹ KLITGAARD 2000, p. 24.

monopolio, limitar y clarificar la discreción y aumentar la transparencia, mientras toma en consideración los costos, directos e indirectos, de estas vías”⁴⁰.

Esta visión constituye un valioso aporte para las ciencias sociales, pero debe ser administrada con prudencia. Sobre todo, no deben fijarse sobre ella expectativas platónicas. Reducir los incentivos para la corrupción es un mecanismo eficaz para reducir la corrupción, pero es cuestionable que sea un mecanismo eficaz para erradicarla por completo. La fórmula de KLITGAARD establece una *tendencia* en donde la corrupción es *más proclive* a ocurrir, pero nada asegura que en la ausencia de esos elementos se logre la construcción de una Administración Pública perfectamente libre de corrupción. Es válido preguntarse si eso siquiera es posible. Y es más válido aún preguntarse si es rentable.

2.4. El grado óptimo de corrupción

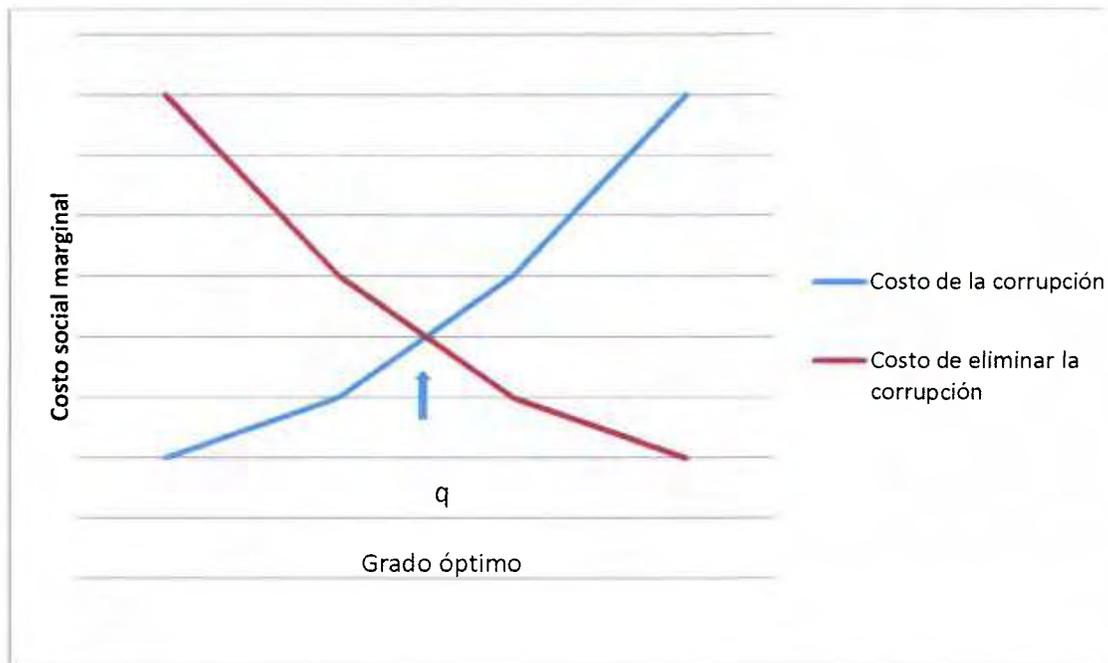
Numerosos autores, dentro de los que destaca el propio KLITGAARD, han venido sosteniendo durante décadas que el grado óptimo de corrupción puede no ser cero. Según esta afirmación, el costo marginal de la corrupción debe siempre confrontarse con el costo marginal de eliminar esa corrupción. Si los casos de comportamientos corruptos son relativamente escasos, puede resultar muy costoso detectarlos, mucho más costoso que lo que le resulta al sistema absorberlos. En cambio, si la corrupción es difundida en un área o institución específica, el costo de detectar cada caso se reduce por una cuestión de economía a escala⁴¹. El autor explica su enunciación a partir de una curva ascendente de

⁴⁰ KLITGAARD 2000, p. 27.

⁴¹ En el mismo sentido, ROSE-ACKERMAN: *“El monto óptimo de corrupción no es cero, incluso si uno no le otorga valor alguno a los beneficios recibidos por los sobornadores. Una vez que uno toma en consideración los riesgos de prevenir la corrupción, el gasto que se destine a disuadir debe ser donde los beneficios marginales igualan los costos marginales (...) La disuasión del comportamiento criminal depende de la probabilidad de ser detenido y sancionado y en las penas impuestas –tanto las impuestas por el sistema legal como los costos más sutiles de pérdida de reputación o vergüenza. Las autoridades encargadas de aplicar la ley pueden variar una o ambas de estas variables, pero carecemos de evidencia empírica sólida sobre su importancia relativa”* (ROSE-ACKERMAN 1999, p.52-53).

costo marginal de la corrupción que converge con una descendente de costo marginal de eliminarla. El punto en que convergen equivale al grado óptimo de corrupción:

Gráfico 2. Descripción esquemática del grado óptimo de corrupción



Fuente: KLITGAARD 1990, p.73.

Un ejemplo común en la doctrina sirve para ilustrar este punto. Supóngase que el dueño de un supermercado ha sido víctima de varios robos por parte de su personal en el transcurso de doce meses, en los cuales ha perdido una suma total de 4 millones de colones. Esto lo persuade de la necesidad de reforzar sus sistemas de vigilancia. Contrata entonces a un supervisor para que observe al personal en las horas en que el supermercado está abierto. El supervisor devenga un salario de 250.000 colones al mes, lo cual equivale a 3 millones de colones en un año. En este momento, el dueño del supermercado realiza una inversión óptima, que se ubica por debajo de las pérdidas que los robos le generan. Pero si, inseguro sobre la honestidad de sus trabajadores, decide

invertir en un sistema de circuito cerrado en el supermercado por un monto de 5 millones de colones, excede entonces el grado óptimo de inversión.

Es claro que trasladar este ejemplo a la enrevesada realidad de un Estado moderno es, cuando menos, sumamente aproximativo. En primera instancia, porque el costo de la corrupción sigue siendo difícil de estimar, de la misma manera que sigue siendo difícil de estimar el valor del efecto disuasorio de las normas anticorrupción⁴². Y en segunda instancia, porque la respuesta estatal tiende a ser infinitamente más compleja. Existen políticas gubernamentales diseñadas para fortalecer determinadas demandas públicas cuyo fin primordial no es el de combatir la corrupción, pero tienen ese rasgo como efecto marginal (por ejemplo, el caso del Gobierno Digital); y las políticas públicas directamente orientadas a combatir la corrupción, pueden ser llevadas a cabo por entidades que ejecutan también políticas con otros fines (por ejemplo, los proyectos anticorrupción que puede emprender una institución como la Defensoría de los Habitantes en Costa Rica).

Sin embargo, salvadas estas aclaraciones, se interpreta *grosso modo* que los recursos invertidos con el objetivo manifiesto de combatir la corrupción deben ser inferiores a los recursos estimados que se pierden por causa de la corrupción⁴³. Sean estos recursos de capital, humanos, temporales, etc.

Ahora bien, no debe desprenderse de esto que el “grado óptimo de corrupción” es el “grado ideal” de corrupción. No hay duda de que el grado ideal es cero. El grado óptimo de corrupción, en cambio, es la menor cantidad de corrupción que puede ser tolerada en razón de ser más onerosa su detección y su sanción.

Es evidente que esto presenta un dilema en términos político-discursivos. La presión pública opera en el sentido de lograr un grado ideal de corrupción, no un grado óptimo. Además, muchos pueden argumentar que los valores que subyacen al sistema democrático obligan a las autoridades a perseguir la corrupción “*a toda costa*”. Lo que se

⁴² Ver Capítulo IV de esta investigación.

⁴³ Cuando menos, debe ayudar para entender que los costos de combatir la corrupción *importan*, tanto como importan los costos de la corrupción misma.

sostiene en esta investigación, es que el combate a la corrupción es una tarea cardinal de la Administración Pública, pero no debería ser llevada al punto de desplazar a otras funciones esenciales. La lucha contra la corrupción no es la única tarea, ni siquiera es la tarea más importante, para la cual es electo un Gobierno democrático. En una realidad en donde los recursos siempre son limitados, destinar demasiados recursos –económicos, humanos, políticos- a la lucha contra la corrupción, puede resultar lesivo a otros intereses igualmente tutelados por el ordenamiento jurídico.

En la medida en que el control de la corrupción se convierte en un obstáculo para la realización de otras demandas igual de legítimas, la Administración traslada al ciudadano problemas que atañen a su propia estructura y lo convierte en perjudicado ya no sólo de la corrupción política, sino también de la respuesta a esa corrupción política. Se subraya aquí con particular agudeza uno de los desafíos modernos de la Administración Pública: el de cómo hacer para que un Estado que fue creado para satisfacer las necesidades de los ciudadanos no genere, a su vez y por su propio funcionamiento, necesidades insatisfechas.

Hay que comprender que la corrupción no obedece al planteamiento clásico en que el individuo acude con un problema privado a un ente público, sino que es el ente público el que afecta a la esfera privada del usuario. Lidar con ese problema debe contemplar, entonces, formas de abordaje que no sustituyan una afectación por otra. En palabras de ROSE-ACKERMAN: *“El objetivo no es (no debería ser) la eliminación de la corrupción sino una mejora en la eficiencia general, la imparcialidad y la legitimidad del Estado”*⁴⁴.

⁴⁴ ROSE-ACKERMAN 1999, p. 4.

3. La utopía de un Estado vacunado contra la corrupción

Los planteamientos expuestos no constituyen, sin embargo, un tema central en la discusión política y jurídica actual en torno a la corrupción. Antes bien, predomina el discurso de la búsqueda de un grado ideal de corrupción, de una reforma cuyo fin último sea la *erradicación* del fenómeno y la “refundación moral” de la Administración Pública. Se pretende mucho más que sancionar a los culpables de quebrantar las leyes que protegen la integridad pública: se pretende inocular a la Administración para que esos delitos nunca lleguen a ocurrir. Hay una pretensión de “cero tolerancia” que va mucho más allá de los alcances habituales de esa expresión.

Desde Watergate y hasta la fecha, “cero tolerancia” en materia de corrupción política quiere decir un compromiso de “cero corrupción política”: una pretensión aún más estrafalaria que la “cero tolerancia” hacia la criminalidad patrimonial, por ejemplo. Cuando un Ministro de Seguridad Pública promete cero tolerancia a los robos menores en una ciudad, asume un compromiso a perseguir y sancionar los robos que ocurren, en un esfuerzo por prevenir negativamente a los posibles infractores. Este no es el caso de la cero tolerancia a la corrupción que proclaman los políticos de altos cargos, quienes están implícitamente comprometidos a tener un gobierno sin escándalo alguno –o apariencia de escándalo-⁴⁵.

El proyecto anticorrupción, argumentan ANECHIARICO y JACOBS, ha sido acumulativo. Cada nueva etapa impulsa la cantidad y la intensidad de la prevención en el gobierno, y aumenta el impacto del control sobre la Administración Pública. La ausencia de escándalo se atribuye a las estrategias anticorrupción que ya están en vigencia; mientras que la ocurrencia de escándalos se cita como prueba de que son necesarias más leyes anticorrupción, más estrategias administrativas y más profilácticos

⁴⁵ ANECHIARICO y JACOBS 2001, p. 326.

organizacionales⁴⁶. Los ordenamientos modernos parecen estar en presencia del *efecto trinquete (ratchet effect)*, conforme con el cual una política adoptada al calor de una coyuntura específica (por ejemplo, una crisis) ya no puede ser revertida en lo sucesivo, de la misma manera en que un trinquete impide que una rueda gire hacia atrás.

El control de la corrupción se convierte entonces en un fenómeno que se alimenta a sí mismo y genera una expansión sin precedentes de *productos* de la Administración Pública (leyes, reglamentos, directrices, lineamientos, etc.), sin detenerse a sopesar los *resultados* de esos productos y de las políticas públicas en general (la reducción de la corrupción, la eficiencia de la Administración, etc)⁴⁷.

Este proceso se ve agravado por la inconveniencia política de argumentar en contra de la expansión de esos controles. El elemento discursivo de la lucha contra la corrupción opera en detrimento de una evaluación sesuda de los mecanismos anticorrupción que se aprueban, de los costos en que incurren y de los resultados que brindan. La construcción de la utopía de un Estado vacunado contra la corrupción, que se ha gestado en los últimos treinta años en prácticamente todas las naciones del mundo, opera en una dimensión muy plana: el control se ve como sinónimo de la ética. Tal parece que en su afán por legislar la rectitud, los ordenamientos modernos han cometido uno de los más ancestrales errores del Derecho y de la política: pretender que lo que se dice en el papel conjura la realidad.

Así describe MACKENZIE la dinámica política en la creación del estado actual del control de la corrupción: *"Cualquier cosa que prometiera 'más ética' era indudablemente buena y cualquier persona que se opusiera a más regulaciones éticas estaba indudablemente obstruyendo el camino de 'más ética'. La regulación ética ha sido el tema principal de los tiempos recientes -demasiado políticamente costoso de oponer incluso*

⁴⁶ ANECHIARICO y JACOBS 1994, p. 465.

⁴⁷ Esta diferencia entre los productos de la política (*outputs*) y los resultados de la política (*outcomes*) será estudiada con mayor profundidad en el Capítulo IV de esta investigación.

*cuando sus beneficios directos son inciertos o sus consecuencias más amplias son problemáticas*⁴⁸.

Siguiendo a ese mismo autor, se pueden señalar cuatro elementos distintivos de la mentalidad post-Watergate:

- i) *Los empleados públicos son sospechosos.* Se debe proteger con una profusa producción legal al funcionario público de su propia ambición. Como consecuencia, se empiezan a vislumbrar no pocos indicios de *presunción de culpabilidad*, en el que se le traslada al funcionario la responsabilidad de demostrar su inocencia (piénsese en el delito de enriquecimiento ilícito, que en la mayoría de sus acepciones traslada al imputado la carga de la prueba).

- ii) *La protección contra las formas más comunes de indiscreción ética no son suficientes.* Las leyes deben proteger contra *todas las formas posibles* de vulnerar la integridad pública. No sólo los comportamientos más difundidos o los más probables deben estar reglados, sino también los comportamientos más extremos en donde incluso es incierto el daño ocasionado a la Administración Pública. Se debe negar a los empleados públicos no sólo la habilidad de representar a sus clientes en los casos que penden frente al Estado, sino también su derecho a representar a *cualquier* cliente privado en *cualquier* asunto. Se les debe prohibir la posibilidad de *ganar cualquier* ingreso fuera de su salario gubernamental, no sólo el ingreso proveniente de fuentes que pueden presentar un potencial conflicto de interés con sus deberes oficiales. Se debe suponer que presentan un potencial conflicto de interés todos los activos (por más exiguos) que caigan bajo el alero de sus responsabilidades públicas, no sólo aquellos con suficiente magnitud para

⁴⁸ MACKENZIE 2002, p. 5.

presentar una tentación. En la mentalidad post-Watergate, todas las reglas se convierten rápidamente en reglas para el peor escenario (*worst case scenario*).

- iii) *La única protección fiable es la ley.* Las instrucciones, la motivación, la orientación, aunque son deseables, no son suficientes para asegurar un nivel satisfactorio de integridad pública. La confianza en la capacidad del proceso político electoral y de elección de representantes para producir líderes honorables y para hacerlos responsables por su comportamiento también es insuficiente. Sólo leyes estrictas, detalladas y rígidas –usualmente acompañadas de sanciones criminales- pueden brindar protección a las necesidades públicas de la venalidad de sus propios servidores estatales.

- iv) *Para hacer efectiva la nueva regulación, nuevos centinelas deben ser reclutados.* Debe haber especialistas en las leyes éticas implementadas, libres de cualquier distracción, y equipados con presupuestos y recursos para escribir nuevas leyes más elaboradas, para investigar cualquier acusación de que la confianza pública ha sido violentada, y para perseguir a los supuestos violadores con todo el peso de la ley. La mentalidad post-Watergate ha puesto centinelas éticos no sólo en la entrada, sino en cada puerta y ventana del establecimiento⁴⁹.

Estas cuatro características se hacen patentes, en mayor o menor medida, en la mayoría de ordenamientos del mundo, que han respondido a la creciente presión nacional e internacional por brindar una atención prioritaria al problema de la ética en la función pública. En el ordenamiento jurídico costarricense, como se verá en el siguiente capítulo,

⁴⁹ MACKENZIE 2002, p. 31-32.

se han manifestado con particular agudeza en los últimos veinte años, en la última etapa histórica de control de la corrupción en Costa Rica.

4. Conclusión

Las imposibilidades para darle un contenido universal y hermético al concepto de corrupción están determinadas por factores de tiempo, espacio, confusión entre los sistemas normativos y confusión entre los tipos de corrupción que se pueden presentar. Sin embargo, como herramienta de trabajo, puede adoptarse la definición conforme con la cual la corrupción es *“el uso ilegal del poder público para el beneficio personal”*.

A pesar de ciertas tesis minoritarias que consideran que el fenómeno de la corrupción puede servir como un “aceite” para los sistemas económicos y políticos modernos, en general se interpreta que la corrupción afecta las posibilidades de crecimiento futuro de los países y socava sus bases democráticas. De ahí que los Estados han adoptado una serie de acciones, estrategias, controles y regímenes sancionatorios destinados a identificar, prevenir y castigar la corrupción oficial. La suma de esas acciones se conoce como control de la corrupción.

La doctrina dominante en la materia argumenta que la corrupción no es el producto de la escala de valores de una sociedad, sino de la interacción de los incentivos o desincentivos que esa sociedad presenta al corrupto potencial. En la medida que un funcionario tenga capacidades de monopolio sobre una decisión, discrecionalidad en su otorgamiento y poca responsabilidad por sus acciones, la corrupción tenderá a aparecer y aumentar. Combatir esos elementos es la aspiración de la lucha contra la corrupción.

La lucha contra la corrupción, sin embargo, entraña costos para la Administración. Esos costos deben ser confrontados con el costo de la corrupción misma (esto es, se debe contrastar el costo de la cura con el costo de la enfermedad). El punto en donde ambas funciones se encuentran, es el grado óptimo de inversión, en donde el Estado destina un

monto menor a combatir la corrupción que las pérdidas que esa misma corrupción le genera.

Discursivamente, sin embargo, los actores políticos no buscan un grado óptimo de corrupción, sino un grado ideal de corrupción. Es decir, la erradicación del fenómeno. Esto ha generado el surgimiento de la utopía de un Estado vacunado contra la corrupción, en donde los funcionarios públicos son tratados como sospechosos; las reglas se definen para el peor escenario posible; la ley se considera la única manera de abordar el tema, y nuevos controladores deben ser reclutados para supervisar el sistema.

CAPÍTULO II: EL CONTROL DE LA CORRUPCIÓN Y EL GASTO PÚBLICO EN COSTA RICA

El control de la corrupción no es un fenómeno reciente para el ordenamiento costarricense, como para ningún otro. Antes bien, existen manifestaciones de coerción del comportamiento apelando a la ética desde épocas ancestrales (en parte como consecuencia de la mencionada confusión entre sistemas normativos relevantes). Costa Rica heredó estas preocupaciones del imperio español, primero a través del Derecho indiano y posteriormente como consecuencia de la tradición civilista española que aún hoy permea su legislación. Sobre esa normativa y su evolución trata el primer apartado de este capítulo.

1. Breve descripción histórica⁵⁰

1.1. La colonia y la conformación del Estado costarricense

Durante la conquista y colonización española en América, desde finales del siglo XV hasta inicios del siglo XIX, la provincia costarricense estuvo supeditada a la voluntad real española y a los decretos de las autoridades conformadas en las Indias. La vasta producción legislativa de entonces, compilada en numerosas ocasiones, regía el comportamiento de las autoridades y los habitantes a partir de un conjunto de normas casuísticas y no codificadas. Por lo anterior, era constante la remisión a las Siete Partidas

⁵⁰ Para efectos de comprensión se ha dividido la evolución histórica de la lucha contra la corrupción en Costa Rica en tres etapas. No deben confundirse con las cinco etapas de evolución histórica del concepto de corrupción a nivel internacional, estudiadas en el Capítulo I.

de Alfonso X, el Sabio, que a pesar de ser muy anteriores al tiempo de la Colonia –fueron emitidas durante el siglo XIII- conservaron una notoria importancia como fuente de Derecho⁵¹.

Las Siete Partidas legislaban el comportamiento no sólo de los súbditos, sino también del monarca, aduciendo que: *“El rey debe guardar las leyes a su hechura y a su forma, porque recibe poder y razón para hacer justicia; y si él no las guardase, vendría contra su hecho y las desataría”*⁵². De esta manera configuraba, aunque vaga e incipientemente, la noción del abuso de autoridad y la idea fundamental de que el poder legítimo obedece a límites relacionados con valores colectivos y no individuales (el rey debía ejercer su autoridad en la búsqueda de la justicia, y no sólo de su engrandecimiento personal).

Sin embargo, el instrumento por excelencia que habría de limitar el poder público en razón del interés colectivo, en España y en las Indias, sería la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812.

La Constitución de Cádiz, como popularmente se la conoce, es el primer texto constitucional español y, por consecuencia, el primer texto constitucional de la provincia de Costa Rica. Ya desde su prólogo, vislumbra límites al poder público en razón de ejercerse para el *“grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación”*, y afirma que la Constitución se decreta *“para el buen gobierno y recta administración del Estado”*.

En el artículo 2, se afirma que: *“La Nacion española es libre é independiente, y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona”*, y en el 13 que: *“El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nacion, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen”*. Así, las Cortes de Cádiz establecieron el bien común como objetivo final de la acción política. Cualquier acto que contraviniera

⁵¹ SÁENZ CARBONELL 2003, p. 149-150.

⁵² Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio. Artículo 15.

ese bien común, o persona privada que pretendiera arrogarse la representación del bien común, constituía una transgresión a la normativa.

La Constitución depositaba la potestad de hacer las leyes en las Cortes y el Rey, siendo las Cortes la reunión de todos los diputados que representaban la nación española, nombrados por los ciudadanos en juntas electorales de parroquia, de partido y de provincia. Correspondía a las Cortes, además, fijar los gastos de la Administración Pública, establecer anualmente las contribuciones e impuestos, aprobar el repartimiento de las contribuciones entre las provincias y examinar y aprobar las cuentas de inversión de los caudales públicos⁵³. Con estas potestades, la Constitución otorgaba a la Nación la facultad de delimitar, mediante sus representantes, la forma y destino de los bienes públicos.

Entre las restricciones a la autoridad del Rey, la Constitución establece que *“no puede el Rey conceder privilegio exclusivo á persona ni corporacion alguna”*⁵⁴, y en su juramento, se le obliga a decir: *“no exigiré jamas cantidad alguna de frutos, dinero ni otra cosa, sino las que hubieren decretado las Córtes”*⁵⁵. A los secretarios de despacho, a su vez, se les asigna la labor de elaborar los presupuestos anuales de los gastos de la Administración Pública, aclarando que *“rendirán cuentas de los que se hubieren hecho”*⁵⁶.

A pesar de la corta vigencia de la Constitución de 1812 (apenas dos años), fungió como el referente sobre el que habrían de diseñarse los textos constitucionales de la etapa de formación del Estado costarricense. Por ejemplo, la Asamblea Nacional Constituyente de 1823 emitió un decreto llamado de *“Independencia Absoluta”*, en el que reproduce parte del artículo 2 de la Constitución de Cádiz: *“Las expresadas provincias, representadas en estas Asambleas, son libres e independientes de la antigua España, de*

⁵³ Artículo 131, facultad duodécima, decimotercia, decimoquinta y decimosexta.

⁵⁴ Artículo 172, restricción novena.

⁵⁵ Artículo 173.

⁵⁶ Artículo 227.

*México y de cualquier otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo, y no son, ni deben ser el patrimonio de familia alguna*⁵⁷.

Surge así el inicio de una larga sucesión de normas fundamentales que fueron configurando no sólo las funciones, sino también las responsabilidades, de los servidores públicos en Costa Rica. En el Primer Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, promulgado en marzo de 1823, se establece que si la Junta o las Comisiones se exceden en sus facultades, incurrirán en un delito de acusación popular. En el Segundo Estatuto Político de la Provincia de Costa Rica, emitido apenas dos meses después del anterior, se señala que los miembros de los Supremos Poderes tienen la obligación de rendir cuentas de sus operaciones ante el Congreso⁵⁸.

La Ley Fundamental de 1825 apuntaba, en el mismo sentido, que todos los funcionarios públicos eran responsables por el abuso en el ejercicio de sus funciones, delito por el cual serían juzgados por el Congreso. Los miembros del Poder Ejecutivo serían juzgados por la Corte Suprema de Justicia y los del Legislativo por un Tribunal nombrado por el Consejo de Diputados. Por su parte, la Constitución Política de 1848 imponía a los secretarios de Estado el deber de rendir un informe anual ante el Congreso y otorgaba acción popular para perseguir los delitos contra la función pública⁵⁹.

La Constitución Política de la República de Costa Rica, emitida por la Asamblea Nacional Constituyente el 7 de diciembre de 1871, hasta la fecha la más longeva de la historia costarricense, establecía en su artículo 19: *“los funcionarios públicos no son dueños sino depositarios de la autoridad. Están sujetos a las leyes y jamás pueden considerarse superiores a ellas.* Y seguidamente, en el artículo 20: *“los funcionarios públicos son responsables por la infracción de la Constitución o de las leyes. La acción para acusarlos es popular”*.

⁵⁷ ESQUIVEL SOTO 2004, p. 83.

⁵⁸ Ibid. p. 84.

⁵⁹ Ibid.p. 84.

Conforme con el artículo 110, quien ejerza el Poder Ejecutivo es responsable por los abusos que cometa en su conducta oficial y se les exige a los Secretarios de Estado presentar un informe de sus labores ante el Congreso⁶⁰, tal y como ocurría en las constituciones anteriores. Al secretario de Hacienda se le exige, además, una memoria de cuenta de gastos del año anterior y el presupuesto de los del siguiente.

La Constitución de 1871 no sólo ha sido la de más larga vigencia en la historia costarricense, sino que su espíritu también permeó el texto constitucional que la sucedió, y que actualmente constituye la base de ordenamiento jurídico nacional. La promulgación de la Constitución Política de 1949, da inicio a la segunda etapa histórica en la lucha contra la corrupción en Costa Rica.

1.2. 1949-1989

La redacción de la actual Constitución Política de la República de Costa Rica estuvo a cargo de la Asamblea Constituyente nombrada por la Junta Fundadora de la Segunda República. Dicho texto recopiló no sólo la letra, sino también el sentido liberal de la Constitución de 1871, por lo que comprende una serie de artículos relacionados con la limitación del poder público.

El artículo 11 de la Constitución de 1949 recogía el espíritu de los artículos citados de la Constitución de 1871, al establecer que: *“los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública”*⁶¹.

⁶⁰ Artículo 117.

⁶¹ Según consta en el acta No. 93 de la Asamblea Nacional Constituyente, del 21 de junio de 1949, la razón de sustituir en este artículo la acción popular por acción pública obedece al hecho de que el Código de Procedimientos Penales vigente a la sazón no contemplaba la posibilidad de ejercer una acción popular

Entre otras prohibiciones relacionadas con conflictos de interés, la Constitución prohibió a los diputados ocupar otros cargos públicos, salvo el de Ministro de Gobierno (artículo 111) y les impidió celebrar, directa, indirectamente o por representación, contrato alguno con el Estado, u obtener concesión de bienes públicos que implique privilegio, o intervenir como directores, administradores o gerentes en empresas que contraten con el Estado, obras, suministros o explotación de servicios públicos (artículo 112). La violación de estas prohibiciones les implica la pérdida de su credencial. Las mismas reglas se aplican a los Ministros de Gobierno, por virtud del artículo 143.

Además, la Constitución introdujo el procedimiento para la aprobación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República (Título XIII, Capítulo I). En el mismo título, se establecen las potestades de la Contraloría General de la República, entre las que destacan la revisión de la liquidación del presupuesto de la República, la aprobación y fiscalización de los presupuestos de las municipalidades e instituciones autónomas y el examen de las cuentas de las instituciones del Estado. Igualmente se especifican las atribuciones de la Tesorería Nacional y se consagra el principio de Caja Única del Estado (artículo 185).

Finalmente, el Título XV establece los lineamientos del Servicio Civil⁶² e introduce la obligación del Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos, de declarar sus bienes (artículo 193).

Casi treinta años después de la promulgación de la Carta Magna, se aprueba en Costa Rica el primer cuerpo legal con características propias de la *era post-Watergate*: la Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978. Dicho cuerpo normativo contiene los principios generales que rigen el comportamiento de la

(Acta nonagésima tercera acta de la sesión celebrada por la Asamblea Nacional Constituyente a las catorce horas y media del día veintiuno de junio de mil novecientos cuarenta y nueve).

⁶² El servicio civil es una de las primeras manifestaciones de control de la corrupción, al buscar en parte la estabilidad del funcionario público frente a causales de remoción arbitrarias o asociadas a intereses personales de los jerarcas.

Administración Pública⁶³, su distribución organizativa, los requisitos de validez de los actos administrativos, los pasos del procedimiento administrativo, los posibles recursos contra un acto administrativo y el régimen de responsabilidad de la Administración y del servidor público. Con todo, la redacción de la Ley 6227 expresa en múltiples ocasiones el afán de eficiencia que persigue la Administración Pública⁶⁴ e incluso subordina la interpretación de las normas del procedimiento administrativo, a las normas de “economía, simplicidad, celeridad y eficiencia” (artículo 269). Se trata, pues, de un cuerpo legislativo que aspira al control, pero conjuntamente con la eficiencia.

Cuatro años después, en 1982, se promulga la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que entre sus funciones debe poner en conocimiento de los jerarcas respectivos de la Administración Pública, cualquier incorrección de los servidores públicos que encontrare en los procedimientos de su conocimiento (inciso ch artículo 3). Para cumplir con sus obligaciones, se le confiere la potestad de realizar investigaciones cuando lo considere pertinente, inspeccionar oficinas públicas, solicitar documentos y recibir denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios y autoridades administrativas o de policía (artículo 3).

Un año después, se promulga la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos (hoy derogada), cuyo propósito manifiesto era el de “*garantizar el ejercicio honrado y decoroso de la función pública*” (artículo 1). Dicho cuerpo normativo introduce el delito de “enriquecimiento ilícito”, cuyo largo prontuario de modificaciones será estudiado más adelante, y extendió la obligación de rendir declaración jurada a todos los funcionarios que la Contraloría General de la República estimara conveniente (artículo 7). El Reglamento que la Contraloría emitió para brindar ejecutoriedad a esta norma, fue anulado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Resolución No. 2934-93 del 22 de junio de 1993. La norma imponía la obligación de presentar la declaración de

⁶³ Continuidad, eficiencia, adaptación a cambios en el régimen legal o en la necesidad social que satisfacen e igualdad en el trato.

⁶⁴ Artículos 4, 8, 15, 65, 103, 225, 269.

bienes en el plazo de 20 días después de asumir el puesto y una vez al año. Quien incumpliera esta obligación, cesaría en el ejercicio de su cargo (artículo 13).

Además, amplió el régimen de incompatibilidades para Presidente, Vicepresidente, Ministros, Viceministros y presidentes ejecutivos: ya no se les impide únicamente formar parte de empresas que realicen transacciones con el Estado (tal y como requería la Constitución Política), sino que se les impide en general *“ejercer profesiones liberales ni cargos de administración, dirección o representación de empresas privadas o públicas, salvo cuando esta representación sea otorgada por ley”* (artículo 22)⁶⁵.

La Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos da inicio a una tendencia que habría de intensificarse en el curso de las próximas décadas: la atribución de un número creciente de funciones a la Contraloría General de la República, distintas de las contenidas en la Constitución Política. Entre esas funciones, se le amplían sus capacidades investigativas y disciplinarias y se le obliga a la revisión de cuentas personales de los servidores públicos (ya no sólo de las instituciones del Estado). Sin embargo, ni esta ley, ni muchas que le sucedieron, dotaron de una fuente de recursos que garantizara la capacidad institucional de la Contraloría para asumir las nuevas funciones que le iban siendo designadas, generando una saturación de la que la Contraloría no ha logrado desprenderse hasta la fecha (a pesar de las múltiples manifestaciones en este sentido de parte de sus jerarcas).

La inestable vigencia de la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos fue en gran medida determinada por la creación de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sin duda, *“la mayor reforma política de los últimos veinte años”*⁶⁶. Con la reforma constitucional que permite la creación de la Sala Constitucional y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se inicia una tercera etapa en la evolución de la lucha contra la corrupción en Costa Rica.

⁶⁵ Esto es una expresión de la característica de la era post-Watergate detallada en el primer Capítulo de esta investigación, sobre la creación de reglas “para el peor escenario”.

⁶⁶ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2009, p.278.

1.3. 1989 hasta la fecha: veinte años de control de corrupción

La creación de la jurisdicción constitucional da inicio una era en que se han reforzado significativamente las labores de vigilancia y supervisión de la función gubernativa, ejercida por una serie de actores nuevos o fortalecidos, entre los que destacan la Contraloría General de la República, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Defensoría de los Habitantes, la Procuraduría General de la República (y dentro de ella la Procuraduría de la Ética Pública), el Ministerio Público, las auditorías internas y los diversos tribunales de ética o comisiones de ética que existen en el escenario institucional costarricense.

Durante este periodo, un mínimo de 14 leyes de control han sido aprobadas, iniciando con la promulgación de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, en noviembre de 1992. Dicho cuerpo normativo encarga a la Defensoría la labor de velar *“porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho”* (artículo 1. El resaltado es provisto). Para ello, cuenta con la posibilidad de *“iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público”* (artículo 12). Se interpreta que sus competencias son de control de legalidad (inciso 1, artículo 14) y para ejercerlas puede recibir denuncias o quejas de cualquier interesado.

A la aprobación de esta ley, la sucede la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 del 7 de septiembre de 1994. Según puede observarse en las actas de la Asamblea Legislativa⁶⁷, el proyecto de ley original,

⁶⁷ Expediente No. 10150.

presentado en 1985 por el diputado Juan José Trejos Fonseca, pretendía sencillamente regular de modo más preciso *“las relaciones que deben existir entre la Contraloría General de la República con la Asamblea Legislativa”*⁶⁸. Se trataba de adicionar un artículo 15 bis a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente en aquel momento, para permitir que el Contralor General de la República compareciera ante la Asamblea Legislativa siempre que fuera requerido (de manera similar a lo que sucede con los Ministros de Gobierno). Junto con esto, se agregaba un párrafo al artículo 20 de la citada ley para obligar a la Contraloría a presentar un informe trimestral a la Asamblea Legislativa, acerca del cumplimiento de sus deberes y atribuciones.

Sin embargo, desde el inicio de la discusión de este proyecto en la Comisión de Asuntos Jurídicos, los diputados y diputadas hicieron patente su intención de aprovechar el proyecto de ley para realizar una transformación más profunda de las potestades de la Contraloría General de la República, precisamente en aras de contener la corrupción⁶⁹. En una de sus intervenciones, el diputado Óscar Valverde Rodríguez, del Partido Acción Democrática Alajuelense, utiliza las siguientes palabras para expresar la necesidad de fortalecer al ente contralor: *“dentro de esa corrupción que abate al mundo,..., nosotros tenemos la obligación de fortalecer la Contraloría, fortalecer al Ministerio Público, fortalecer a la Procuraduría, pero hacen falta medidas que sean más preventivas, mecanismos que sean más profilácticos, controles que se adelanten al hecho delictivo; si en medicina hay vacunaciones contra muchas enfermedades, (¿) por qué los costarricenses*

⁶⁸ Proyecto: Reformas a varios artículos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y sus reformas. Folio 0032 del Tomo I del Expediente No. 10150.

⁶⁹ Debe hacerse notar que estos fueron los mismos diputados y diputadas que dieron su dictamen positivo a la Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos. La discusión de este expediente contiene innumerables referencias a escándalos de corrupción y a denuncias sobre esta materia, desde el manejo que la Casa Presidencial hacía con los fondos de la Comisión Nacional de Emergencia hasta irregularidades en CODESA, CATSA, IMAS, etc. En su primera comparecencia ante la Comisión, el entonces Contralor General de la República, Lic. Rafael Chinchilla, habló de una *“malversación legalizada de fondos”* (folio 54, Tomo I).

no podemos desde el punto de vista legal y administrativo, crear estas vacunas contra la corrupción (?)”⁷⁰.

Como consecuencia de la intención de profundizar en la reforma propuesta, el diputado del Partido Liberación Nacional, Jorge Luis Villanueva Badilla, presentó ante la comisión un texto sustitutivo del original, titulado “Proyecto de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República”⁷¹. Sobre este texto se elaboró la legislación vigente en la actualidad, aprobada en el año 1995 con amplias atribuciones para la Contraloría General de la República, adicionales a las contempladas en la Constitución Política. Entre ellas, se incluye la obligación de verificar la exactitud y corrección de todas las obligaciones contractuales de la Administración (inciso c artículo 6), debiendo comunicarse al Jefe de Poder o al Ministro correspondiente siempre que encuentre “*innecesario, exagerado o superfluo*” cualquier gasto de los fondos públicos, así como en el caso de uso indebido de propiedades o bienes del Estado.

Se le permite, según el artículo 8, instruir sumarias administrativas para el cumplimiento de sus funciones, solicitar a quien corresponda la suspensión de empleados y poner a los responsables de desfalco o irregularidades graves a las órdenes de los Tribunales de Justicia. También se le faculta para supervigilar la ejecución de trabajos y obras públicas, para verificar si se ajustan a los criterios técnicos y especificaciones convenidas. Se le instruye para que actúe inmediatamente en las acciones civiles y penales correspondientes cuando en el ejercicio de sus funciones compruebe la existencia de irregularidades (artículo 21).

De la letra de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República se desprende la intención de fortalecer las capacidades de vigilancia del ente contralor, así como el énfasis que se hace en torno a las posibles irregularidades que la Contraloría está

⁷⁰ Acta No. 35 Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Expediente No. 10150, Tomo I, Folio 46.

⁷¹ Un texto elaborado por parte de la Contraloría en 1970, durante la gestión del ex Contralor General de la República, Eugenio Rodríguez Vega, que no había recibido hasta entonces la atención de la Asamblea Legislativa.

llamada a encontrar y denunciar. Ese mismo interés permea la Ley de Contratación Administrativa, aprobada por la Asamblea Legislativa pocos meses después, mediante Ley No. 7494 del 2 de mayo de 1995. Esta ley establece el régimen de concurso para contratar y tranzar con el Estado. A pesar de consagrar el principio de eficiencia, la ley determina una serie de procedimientos y plazos que, como se verá en el próximo capítulo, ha hecho que el proceso de contratación administrativa en Costa Rica tarde mucho más que en otros ordenamientos más desarrollados.

El Capítulo V de la ley contiene una serie de prohibiciones en materia de contratación que fueron ampliadas sustantivamente mediante la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, nueve años después. Se prohíbe contratar con el Estado no sólo a los Diputados y Ministros de Gobierno (como contempla la Constitución Política), sino a cualquier persona con influencia o poder de decisión en el procedimiento de contratación administrativa e incluso a las personas jurídicas en cuyo capital social participe alguna de las personas mencionadas en el artículo 22 bis (debe observarse que ya no se trata sólo de puestos directivos, sino, en general, de participación en el capital social). La prohibición alcanza a cobijar a quienes han participado como asesores en el proceso, ya sea en su diseño o incluso en su ejecución.

Asimismo, se señala los montos para los que la Administración puede realizar compras directas y en los que le corresponde realizar licitación pública o licitación abreviada (artículo 27); se establece el régimen de apelaciones y el de sanciones (incluida una lista de sanciones para el funcionario que obstaculice o altere el curso de la contratación, según causales del artículo 96). Las sanciones pueden incluir el despido sin responsabilidad patronal y la inhabilitación (artículo 100, uno de los más reformados de la ley en cuestión).

Dos años después de la entrada en vigencia de esta ley, la Asamblea Legislativa ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción, que los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos adoptaron con el propósito de "*promover y*

fortalecer el desarrollo (...) de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción"⁷². Incluye una sección de "medidas preventivas", en que se enumera la necesidad de promover códigos de conducta para los funcionarios públicos, con el fin de prevenir conflictos de interés; instaurar sistemas de declaración patrimonial para los funcionarios, sistemas de contratación de empleados públicos que sean transparentes y equitativos, medidas para proteger a los funcionarios y particulares que denuncien actos de corrupción (*whistleblowers*), órganos de control superior, medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales o extranjeros, y mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil en la lucha contra la corrupción (artículo III).

La convención detalla también una serie de comportamientos que los Estados partes se comprometen a tipificar en sus ordenamientos como delito (artículo VI), con apartados especiales para el soborno transnacional (artículo VIII) y el enriquecimiento ilícito (artículo XI).

Costa Rica adoptó el texto de la Convención mediante Ley No. 7670 del 17 de abril de 1997, unos meses antes de que asumiera el poder el ex Presidente Miguel Ángel Rodríguez Echeverría, cuyo Gobierno impulsó una cantidad considerable de reformas relacionadas con la ética en la función pública. De hecho, la ética en la función pública integraba uno de los ejes del proceso de "concertación nacional" que el ex Presidente Rodríguez Echeverría promovió durante su Administración.

Durante el cuatrienio 1998-2002 se aprobó la reforma constitucional para incluir en la Carta Magna la obligación de rendición de cuentas de la Administración (artículo 11, reformado mediante Ley No. 8003 del 8 de junio de 2000); la Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley No. 8131 del 18 de septiembre de 2001; la Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites

⁷² Artículo II. Se debe hacer notar, tal y como se señaló al final del Capítulo I de esta investigación, que la corrupción es, quizás, la única área de la criminalidad en que los actores políticos se comprometen a *erradicar* la ocurrencia de delitos.

administrativos, Ley No. 8220 del 4 de marzo de 2002; la Ley de creación de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública, Ley No. 8221 del 8 de marzo de 2002; la Ley de creación de la Procuraduría de la Ética Pública, Ley No. 8242 del 9 de abril de 2002; la Ley de creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública, Ley No. 8275 del 6 de mayo de 2002; y la Ley General de Control Interno, Ley No. 8292 del 31 de julio de 2002.

Esta ola normativa significó para la legislación costarricense, entre otras obligaciones:

1. El sometimiento de la Administración Pública a un procedimiento de evaluación de resultados y rendición de cuentas, con la consecuente responsabilidad personal de los funcionarios públicos (artículo único, Ley No. 8003).
2. La sujeción de todos los presupuestos de las instituciones a los planes operativos institucionales anuales (PAO) y al Plan Nacional de Desarrollo⁷³ (artículo 4, Ley No. 8131).
3. El establecimiento de un régimen de responsabilidad administrativa que incluye 19 formas diferentes por las cuales se puede vulnerar los principios de la Administración Financiera de la República, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales correspondientes. Van desde la prescindencia de alguno de los procedimientos de contratación, hasta el incumplimiento injustificado de las metas señaladas en los correspondientes programas, proyectos y presupuestos (artículo 110, Ley No. 8131).
4. La incorporación en el escenario institucional costarricense de la Procuraduría de la Ética Pública, con potestades de investigación y acusación y

⁷³ Esta norma implicó un problema para los Gobiernos entrantes: las instituciones no sólo heredan un presupuesto de la Administración anterior, que rige hasta finales del primer año de Gobierno, sino que, ante la dificultad de contar con un Plan Nacional de Desarrollo en los primeros seis meses de una Administración, deben elaborar su próximo presupuesto con base en el Plan Nacional de Desarrollo promulgado por el Gobierno anterior. Esto hace que transcurra más de año y medio antes de que puedan contar con presupuestos que reflejen las prioridades del Gobierno de turno.

la obligación de realizar las acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y erradicar la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública (artículo 1, Ley No. 8242).

5. El establecimiento de auditorías internas en los entes y órganos de la Administración, con la función de *“proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal”* (artículo 8, Ley No. 8292).

6. La creación de una Fiscalía y una Jurisdicción Penal especializadas para lidiar con los delitos contra los deberes de la función pública (Ley No. 8221 y Ley No. 8275).

7. El surgimiento de responsabilidad administrativa y del funcionario por incumplir los términos de la Ley de protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos. Además, la introducción de una reserva legal para todos los requisitos exigibles para obtener permisos o autorizaciones.

No es sino después de la entrada en vigencia de esta normativa que se promulga en el ordenamiento costarricense una ley específica de control de la corrupción: la Ley contra la corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del mes de octubre de 2006, cuya aprobación fue notoriamente impulsada por los escándalos de corrupción denunciados a partir de la segunda mitad del año 2004 (casos Caja-Fischel e ICE-Alcatel), y que fueron causa del encarcelamiento preventivo de dos ex Presidentes de la República⁷⁴⁷⁵.

⁷⁴ Sobre esta ley en particular, señala el Programa Estado de la Nación: *“por el momento en que se produjo su aprobación, este instrumento es considerado una ‘ley de reacción’ ante los escándalos que salieron a la luz pública en 2004, aunque en realidad se elaboró y presentó en la corriente legislativa desde 1996”* (Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2005, p.304).

⁷⁵ Se repite aquí el patrón detallado en el Capítulo I de esta investigación, conforme con el cual se clama por más sanciones aún y cuando las sanciones actuales están siendo aplicadas. En los dos casos mencionados, los principales responsables de los hechos denunciados enfrentaron o enfrentan cargos

La ley 8422 introduce el deber de probidad del funcionario público, asociado a la satisfacción del interés público (artículo 3), la figura del fraude de ley (artículo 5), garantiza el libre acceso a la información pública (artículo 7) y protege a los denunciantes de buena fe (artículo 8).

Sus estipulaciones se dividen en un régimen preventivo y un régimen sancionatorio. En el régimen preventivo se incluye la prohibición para ejercer profesiones liberales para una inmensa cantidad de funcionarios públicos (artículo 14); la prohibición para el desempeño simultáneo de cargos públicos (artículo 17); supuestos de incompatibilidades más amplios que los contenidos en la Ley de contratación administrativa (artículo 18). Estipula, además, las nuevas condiciones para la formulación de la declaración jurada, y amplía el rango de personas que deben rendirla (artículo 21). Junto con ello, detalla el contenido de la declaración debe aportar y en él incluye desde el valor estimado del menaje de casa hasta el valor particular de las joyas y las obras de arte (artículo 29). En este mismo apartado incorpora un régimen de responsabilidades administrativas⁷⁶, con 14 incisos que detallan comportamientos relativos a la declaración jurada de bienes (artículo 38). Estas faltas se castigan con sanciones que van desde la amonestación escrita publicada en el Diario Oficial La Gaceta, hasta la separación del cargo sin responsabilidad patronal (artículo 39).

El Capítulo V de la ley, titulado “delitos”, incorpora al ordenamiento 14 nuevos tipos penales, entre los que se incluye la nueva formulación del delito de enriquecimiento ilícito, y la posibilidad de inhabilitar hasta por 10 años a quien incurra en alguno de los comportamientos tipificados. Para la persecución de estos delitos, se introducen cambios a las reglas de la prescripción penal pues, al interrumpirse el cómputo, no se reducen los plazos a la mitad, como en los demás delitos (según artículo 33 del Código Procesal Penal).

penales por sus actos. La aprobación acelerada de la Ley 8422, cuyo expediente había circulado durante años en la corriente legislativa, parece cumplir más una función discursiva que responder a una necesidad de penar comportamientos que quedaron impunes.

⁷⁶ Mediante Ley No. 8630 del 17 de enero de 2008, se incorporó el artículo 44 bis, que contempla las responsabilidades administrativas de las personas jurídicas.

Dos años después de la publicación de esta norma, la Asamblea Legislativa aprueba el Código Contencioso-Administrativo, Ley No. 8508 del 28 de abril de 2006, que regula todo lo relativo a la jurisdicción contencioso-administrativa, encargada de tutelar las situaciones jurídicas de las personas, al garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública (inciso 1, artículo 1). Conoce, además, de la materia de contratación administrativa, las cuestiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública y sus funcionarios, y las demás conductas regidas por el Derecho Público (artículo 2).

El nuevo código tiene un enfoque de justicia subjetivo (enfocado en el administrado). Amplió el control de la jurisdicción contencioso-administrativa a todas las actuaciones de la Administración Pública, no sólo a los actos administrativos, lo cual permite incluir actuaciones materiales, omisiones, etc. Impuso, además, la oralidad en el proceso (artículos 85, 90, 99 y siguientes) y la única instancia, las que lo hacen mucho más expedito que el proceso anterior. Junto con esto, amplió las potestades del juez en materia de medidas cautelares (Título III), reguló la posibilidad de conciliación de parte de la Administración (Capítulo III, Título V) y, en general, prometió la existencia de: *“un juez con más herramientas para obligar a las instituciones públicas a corregir o a actuar, un ciudadano más poderoso para reclamarle al Estado los errores e incumplimientos, y una Administración más eficiente ante la posibilidad de sanciones”*⁷⁷.

El Procurador Constitucional, Dr. Fernando CASTILLO VÍQUEZ, expuso en un *conversatorio* organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho, que *“el énfasis excesivo en el modelo de justicia subjetivo, que tiene como eje central los derechos e intereses de la persona, que pusieron los redactores en el proyecto que originalmente se presentó a la Asamblea Legislativa, olvidó o dejó de lado el papel clave, cardinal, nuclear de la AP (Administración Pública) en la defensa, garantía y promoción de los intereses públicos, pues se estaba cayendo en el error de visualizarla como un particular más. Adoptando como marco de referencia que el CPCAD regula el*

⁷⁷ Periódico La Nación, 1 de enero de 2008.

proceso a través del cual se va a zanjar, conforme a Derecho y a justicia, el conflicto jurídico entre la AP y el justiciable, la concepción exclusivista y excluyente del Estado como enemigo del individuo⁷⁸, es una idea ya superada, pues se omite con esa tesis la posición estratégica, clave, que ostenta la AP para la gobernanza en cualquier sociedad, independiente del signo ideológico que la inspire. Con lo anterior se quiere decir algo muy elemental y evidente, y es que el conflicto jurídico entre la AP y el administrado, donde la primera puede asumir, aunque no siempre, una posición peligrosa para los derechos e intereses de éste, no es un hecho suficiente para eliminar o reducir a la mínima expresión las potestades y los espacios que requiere la AP para alcanzar niveles de gobernanza aceptables para el colectivo⁷⁹. En opinión del Procurador, la mayoría de vicios que en este sentido contenía el proyecto de ley original, fueron eliminados del texto final.

Se añaden a estas preocupaciones las relacionadas con la ampliación que el código consagra de las posibilidades de impugnar los procesos de contratación administrativa. Al respecto, manifestó el ex Gerente de Contratación Administrativa de la Contraloría General de la República, Carlos Arguedas: *“hay que ver hasta qué punto en materia de contratación administrativa (los impugnantes) pueden retardar y afectar a la colectividad”⁸⁰*. El código entró en vigencia a inicio del 2008, por lo que la evaluación sobre su resultado es aún prematura.

Como última norma de control analizada en esta investigación, se incluye la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporada al ordenamiento costarricense mediante Ley No. 8557 del 29 de noviembre de 2006. Dicho texto internacional pretende *“promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción”⁸¹*.

⁷⁸ En el proyecto de ley se incorporaba, por ejemplo, la capacidad de rendir medidas cautelares de oficio, presuponiendo el daño al administrado.

⁷⁹ CASTILLO VÍQUEZ 13 de junio de 2006, p.2.

⁸⁰ Periódico La Nación, 1 de enero de 2008.

⁸¹ Nótese que no se emplea el término “erradicar”.

La Convención se divide, también, en medidas preventivas y sancionatorias. En las preventivas sugiere la creación de órganos de prevención de la corrupción (artículo 6); sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos, con la rotación de los que se encuentran en puestos más vulnerables a la corrupción y salarios competitivos y equitativos para todos los empleados (artículo 7); la creación de códigos de conducta para el "*correcto, honorable y debido*" comportamiento de los funcionarios públicos (artículo 8); la adopción de procedimientos transparentes y competitivos de contratación pública (artículo 9), y la promoción de estándares de transparencia y acceso a la información pública (artículo 10).

Los Estados parte se comprometen, además, a adoptar medidas para prevenir la corrupción y mejorar las normas contables y de auditoría en el sector privado (artículo 12); involucrar más activamente a la sociedad en la prevención y la lucha contra la corrupción (artículo 13), y prevenir el blanqueo de dinero (artículo 14).

Asimismo, en la sección de penalización se incluyen artículos para el soborno de funcionarios públicos nacionales (15), de funcionarios extranjeros y de organizaciones internacionales (16), malversación o peculado (17), tráfico de influencias (18), abuso de funciones (19), enriquecimiento ilícito (20), soborno en el sector privado (21), malversación o peculado de bienes en el sector privado (21), entre otros.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción es un documento manifiestamente operativo. Incluye normas sobre prescripción, responsabilidad, indemnización por daños y perjuicios, etc. Su forma y contenido son prácticamente idénticos a las leyes penales internas que hasta ahora han venido regulando la materia. Esto parece indicar una tendencia que probablemente rijan el futuro de la lucha contra la corrupción en Costa Rica y en el mundo: la creciente sujeción de los ordenamientos internos a normas y estándares internacionales cada vez más específicos y operativos.

2. Legislación

La profusa producción legislativa incluida en la tercera y última etapa de la lucha contra la corrupción en Costa Rica, se puede apreciar en la siguiente tabla, que enumera las principales leyes con algún componente de control, aprobadas en el país desde el año 1970 hasta la fecha. Como puede observarse, en el veinteno 1970-1990 se produjo menos de la mitad de las leyes de control que en el veinteno 1990-2009.

Tabla 1. Legislación con algún componente de control de la corrupción, 1970-2009

Década	Leyes	Total
1970-1979	-Código Penal, Ley No. 4573 del 4 de mayo de 1970 -Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978	2
1980-1989	-Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley No. 6815 del 27 de septiembre de 1982 - Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos NO VIGENTE, Ley No. 6872 del 17 de junio de 1983. -Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 del 11 de octubre de 1989.	3
1990-1999	-Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992. -Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 del 7 de septiembre de 1994. -Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494 del 2 de mayo de 1995. -Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 e incorporado al ordenamiento costarricense mediante Ley No. 7670 del 17 de abril de 1997.	4
2000-2009	- Reforma al artículo 11 de la Constitución Política para incluir la rendición de cuentas, Ley No. 8003 del 8 de junio de 2000. -Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley No. 8131 del 18 de septiembre de 2001 -Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, Ley No. 8220 del 4 de marzo de 2002	10

<p>-Ley de creación de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública, Ley No. 8221 del 8 de marzo de 2002</p> <p>- Ley de creación de la Procuraduría de la Ética Pública, Ley No. 8242 del 9 de abril de 2002</p> <p>-Ley de creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública, Ley No. 8275 del 6 de mayo de 2002</p> <p>- Ley General de Control Interno, Ley No. 8292 del 31 de julio de 2002</p> <p>-Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del 6 de octubre de 2004</p> <p>-Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley No. 8508 del 28 de abril de 2006.</p> <p>-Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporado al ordenamiento costarricense mediante Ley No. 8557 del 29 de noviembre de 2006</p>	
--	--

Fuente: elaboración propia. Se consultó Programa Estado de la Nación 2005, p.305

El delito de enriquecimiento ilícito, un ejemplo

Quizás ningún tipo penal refleje mejor el *Zeitgeist* de la era post-Watergate que el delito de enriquecimiento ilícito, que en Costa Rica fue incorporado a la legislación penal con la desaparecida Ley No. 6872, estudiada anteriormente. El análisis sobre la evolución de este delito ilustra las presiones y las contradicciones que alimentan la lucha contra la corrupción en la actualidad, y da un ejemplo claro del predicamento en que muchas veces se encuentran los legisladores⁸².

La Ley No. 6872 establecía el siguiente contenido para el delito de enriquecimiento ilícito en el ordenamiento costarricense:

“Incurrirán en el delito de enriquecimiento ilícito y serán sancionados con prisión de seis meses a seis años, los servidores públicos que en el ejercicio de un cargo público, o dentro del año siguiente a la cesación de su relación de servicio:

⁸² Para esta sección se consultó (MATA SÁNCHEZ 2004, p.85-117).

- a) *Adquieran bienes de cualquier índole o naturaleza, sin poder probar el origen lícito de los recursos de que han dispuesto para tal efecto, excepción hecha de su salario o de las sumas que legalmente puedan devengar.*
- b) (...)
- c) *Se enriquezcan de cualquier modo como consecuencia exclusiva del cargo, sin acreditar la licitud de su aumento de fortuna y la verosimilitud de las fuentes de recursos invocadas*⁸³.

Puede desprenderse de una simple lectura de este tipo penal que el legislador traslada al funcionario público la carga de la prueba, exigiéndole demostración sobre la licitud del aumento en sus ingresos y vulnerando abiertamente el estado de inocencia que cobija al imputado conforme con el artículo 39 de la Constitución Política de la República de Costa Rica⁸⁴ y los artículos 11 inciso 1) de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸⁵, 14 inciso 2) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶, y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸⁷.

Así lo reconoció, acertadamente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en Resolución No. 1707-95 del veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y

⁸³ Artículo 26.

⁸⁴ **Artículo 39.** A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

⁸⁵ **Artículo 11. 1)** Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público, en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

⁸⁶ **Artículo 14. 2)** Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

⁸⁷ **Artículo 8. Garantías Judiciales... 2)** Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

cinco, en que declaró inconstitucionales los transcritos incisos a) y c) del numeral 26 de la Ley No. 6872.

La Sala Constitucional señaló en esa ocasión: *“Finalmente cabe aclarar que, pese a que la Sala es consciente de la necesaria regulación y fiscalización de la actividad indebida de los funcionarios públicos, ello no justifica de modo alguno la transgresión de los derechos fundamentales de la persona sujeta a un procedimiento sancionatorio, en modo tan evidente como el de las normas cuya inconstitucionalidad aquí se declara”*.

Aunque resulte sorprendente la aprobación, por parte de la Asamblea Legislativa, de este tipo penal manifiestamente inconstitucional, su redacción es conforme con los postulados de la Convención Interamericana contra la Corrupción⁸⁸, que en el artículo IX señala en lo que interesa:

ARTICULO IX

Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

⁸⁸ El Senado de los Estados Unidos ratificó la Convención sujeta al entendimiento de que no habría de adoptar la provisión sobre el enriquecimiento ilícito contenida en el artículo XI, porque dicha norma sería *"inconsistente con la Constitución de los Estados Unidos y con los principios fundamentales del sistema legal de los Estados Unidos"* (HENNING 2001, p.815).

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción se pronuncia en términos casi idénticos:

Artículo 20

Enriquecimiento ilícito

Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Lo que es más, la legislación declarada inconstitucional por la Sala no es más que la materialización, en el Derecho, de las mismas recomendaciones de expertos como KLITGAARD. Nótese, por ejemplo, el punto número C de su *Marco para el Análisis Político*, un conjunto de sugerencias para quienes se encuentren interesados en controlar eficientemente la corrupción:

C.2. Obtenga información sobre esfuerzos y resultados:

- 1. Mejore la información de los sistemas de auditoría y administración*
- 2. Fortalezca a los agentes informadores*
- 3. Reúna información de terceros (bancos, medios de comunicación)*
- 4. Reúna información de los clientes y el público*

5. ***Cambie la carga de la prueba para que los corruptos potenciales (por ejemplo, los servidores públicos con mucha riqueza) deban demostrar su inocencia***⁸⁹. El resultado es propio.

No es difícil desprender de la legislación y la doctrina transcrita, que la Asamblea Legislativa enfrentó un largo proceso de discusión sobre el tipo penal de enriquecimiento ilícito que habría de sustituir al declarado inconstitucional. El expediente legislativo de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito⁹⁰, Ley No. 8422 del 14 de septiembre de 2004, abunda en cambios y mociones impulsados por la intención (casi titánica) de conjugar las advertencias de la Sala Constitucional con los compromisos adquiridos en el ámbito internacional y las recomendaciones de los expertos más respetados en la materia. Al final, el artículo resultó ser un tipo penal enteramente distinto del que se pretendía originalmente y en realidad contrario a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado costarricense en dichos acuerdos.

3. Actores

La legislación mencionada es operativizada en la práctica por una compleja red de instituciones y órganos encargados de ejecutar los diferentes controles que el ordenamiento ha ido añadiendo a la labor administrativa. En esta sección, se realiza un recuento de los principales actores del control de la corrupción y el gasto público en Costa Rica, sus obligaciones legales y sus respectivas potestades para cumplir con el mandato que la ley les asigna en materia de control.

⁸⁹ KLITGAARD 2000, p.37-38.

⁹⁰ Expediente Legislativo No. 13715

3.1. Poder Ejecutivo

i. Procuraduría General de la República

Fin

Órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia. Tiene independencia funcional y de criterio en el desempeño de sus atribuciones.

Responsabilidades en materia de control

- 1. Dar los informes, dictámenes, pronunciamientos y asesoramiento que, acerca de cuestiones jurídicas, le soliciten el Estado, los entes descentralizados, los demás organismos públicos y las empresas estatales.**
- 2. Poner en conocimiento de los jefes respectivos de la Administración Pública, haciendo las recomendaciones que estime convenientes, cualquier incorrección de los servidores públicos que encontrare en los procedimientos jurídico-administrativos.**
- 3. Realizar las acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y erradicar la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública.**
- 4. Denunciar y acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas cuyo proceder exprese actos ilícitos vinculados con el ejercicio de su cargo o con ocasión de este, en las materias competencia de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública.**

Atribuciones

1. Podrá realizar las investigaciones que considere pertinentes y recibir las denuncias hechas por cualquier persona contra funcionarios y autoridades administrativas o de policía.
2. Podrá inspeccionar oficinas públicas, sin previo aviso, y requerir de ellas documentos e informaciones necesarias para el adecuado cumplimiento de sus atribuciones contraloras. Ningún servidor público, en el ejercicio de las funciones propias del cargo, podrá negarse a dar su colaboración cuando así lo requiera la Procuraduría.

Procuraduría de la Ética de la Función Pública

La Ley No. 8242 del 9 de abril de 2002, creó la Procuraduría de la Ética en la Función Pública con la intención de convertirla en la “*oficina anticorrupción del Estado*”⁹¹. La reforma impone a la Procuraduría General de la República la mencionada obligación de realizar acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y **erradicar** la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública. Además, debe denunciar y acusar⁹² ante los tribunales de justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas cuyo proceder exprese **actos ilícitos**⁹³ vinculados con el ejercicio de su

⁹¹ Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción establecen para los Estados Partes el compromiso de crear oficinas dedicadas específicamente al combate a la corrupción. En otros ordenamientos, dichas oficinas se ubican dentro del Poder Ejecutivo, adscritas al Ministerio de la Presidencia, mientras que algunos le otorgan un carácter de absoluta independencia institucional (tal es el caso de Singapur y Hong Kong).

⁹² Se debe recordar que, de conformidad con el artículo 16 del Código Procesal Penal, en los delitos contra los deberes de la función pública la Procuraduría General de la República también puede ejercer directamente la acción penal, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público.

⁹³ De este artículo se puede desprender la voluntad del legislador de circunscribir el ámbito de la corrupción a los actos ilícitos, fuera de la moral o cualquier otro orden normativo.

cargo o con ocasión de éste, en las materias competencia de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública”⁹⁴ (el resaltado es suplido).

El ejercicio de esa acción penal, sin embargo, presentaba una serie de inconvenientes que la misma Procuraduría General de la República hizo evidente ante la Asamblea Legislativa, durante la tramitación del proyecto de ley de marras. Entre otros problemas, señaló la posibilidad de: *“que sea la propia Procuraduría contra la corrupción quien acusa, y si es de aquellos delitos que aparejan consecuencias civiles, la víctima, el querellante o el actor civil, podrían intentar válidamente una acción civil resarcitoria contra el Estado por responsabilidad objetiva, y sería la misma Procuraduría General, como representante del Estado, quien debería apersonarse en autos a defenderse de la acusación civil que propició la misma Institución, a través del departamento especializado contra la corrupción”*⁹⁵.

Esto es, que la Procuraduría se vería en la posición de tener que acusar a un funcionario público por un acto y defender al Estado de los daños producidos por el mismo acto acusado. Los representantes de la Procuraduría sugirieron entonces a los diputados y diputadas suprimir las responsabilidades judiciales que la reforma endilgaba a la Procuraduría contra la corrupción, y limitar su ámbito de oficio a las responsabilidades administrativas, es decir, a las acciones para prevenir, detectar y erradicar la corrupción, que la Procuraduría entendía como realización de charlas y asesoría técnico-jurídica. La Asamblea Legislativa, en cambio, optó por sustraer a la Procuraduría la obligación de defender al Estado en los casos en que se involucre la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública.

Actualmente, la Procuraduría de la Ética Pública se compone de cinco procuradores y su respectivo personal administrativo, y realiza su labor en dos vertientes principales: preventiva, realizando enlaces y asesoría con las diversas instituciones

⁹⁴ Artículo 3 inciso h de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, adicionado mediante Ley No. 8242, Ley de creación de la Procuraduría de la Ética Pública.

⁹⁵ Opinión Jurídica 001 del 12 de enero de 1998, Procuraduría General de la República.

públicas; e investigativa, ya sea en los procesos administrativos -en que participa en las investigaciones preliminares relacionadas con violaciones a los deberes de la función pública-, o en los procesos judiciales -en que interviene en representación del Estado para intentar resarcir los daños ocasionados a la Administración Pública como consecuencia de actos corruptos-.

Consultado sobre las atribuciones de la Procuraduría de la Ética Pública, el Procurador de la Ética Pública, Miguel H. Cortés Chaves, afirmó que la institución enfrenta limitaciones en su función investigativa, pues carece de la potestad para decomisar documentos o expedientes administrativos. Admitió que algunas de las funciones de la Procuraduría de la Ética Pública pueden presentar duplicidad en relación con actividades similares ejecutadas por la Contraloría General de la República o por la Defensoría de los Habitantes, pero aseguró que el enfoque particular de lucha contra la corrupción hace que las investigaciones de la Procuraduría de la Ética Pública lleven una orientación distinta a las demás investigaciones administrativas⁹⁶.

Asimismo, explicó que las investigaciones llevadas a cabo en esta instancia, pueden seguir tres cursos de acción: el archivo, por no encontrarse fundamento para las acusaciones o por no tratarse de cuestiones relacionadas con la ética en la función pública; el traslado a la instancia administrativa encargada de seguir el proceso disciplinario correspondiente; o el traslado al Ministerio Público, en caso de que hayan motivos suficientes para abrir un proceso penal.

Puede desprenderse de estas declaraciones, a simple vista, que las funciones investigativas de la Procuraduría de la Ética Pública representan más una ayuda complementaria de las instancias con potestades sancionatorias, que un proceso de averiguación de la verdad en estricto sentido. Su proceso investigativo carece de ciertos requisitos indispensables para ese propósito: no se le notifica a la parte denunciada sobre la investigación que se le sigue, no se le da audiencia ni se solicita prueba de descargo, no

⁹⁶ Entrevista a Miguel H. Cortés Chaves, Procurador de la Ética Pública, 6 de julio de 2009.

existe un procedimiento claro, público y uniforme para las investigaciones, no se garantiza a las partes el acceso al expediente, etc. Sin embargo, y a pesar de estas carencias, la Procuraduría de la Ética ha llegado al punto de recomendar la cancelación de las credenciales de un Diputado de la Asamblea Legislativa⁹⁷, y aunque sus dictámenes no sean vinculantes, tienen amplia resonancia en los medios de comunicación nacional y, consecuentemente, en la opinión pública.

ii. Comisión de Ética

Mediante Decreto Ejecutivo 33146-MP del 24 de mayo de 2006⁹⁸, la actual Administración Arias Sánchez emitió una serie de “principios éticos de los funcionarios públicos”⁹⁹, entre los que incluyó el afán de servicio, la integridad, la objetividad, la rendición de cuentas, la transparencia, la honradez, la racionalidad y el liderazgo¹⁰⁰. Además, estableció tres procedimientos para garantizar la vigencia de estos principios, que incluyen la obligatoriedad de un funcionario de declarar previamente y por escrito cualquier conflicto de interés que pueda afectar el ejercicio de su cargo; abstenerse de aprobar o autorizar cualquier acto que lo beneficie a él o a sus familiares; y separarse de su cargo en caso de que un tribunal emita un auto de elevación a juicio en su contra.

⁹⁷ Ver periódico La Nación del 16 de noviembre de 2007.

⁹⁸ Nótese que la normativa se aprueba a inicios de Gobierno, antes de evaluar la necesidad o los efectos que pudiese tener. Al respecto, cabe acotar la siguiente cita de MACKENZIE sobre las reglas éticas al inicio de los gobiernos en Estados Unidos: “La mayoría de los presidentes que han asumido funciones desde 1961, han tomado acciones similares para enfatizar el compromiso de sus administraciones con los estándares más altos de integridad pública. Este juego recurrente de saltos éticos (*ethical leapfrog*) ha tenido un significativo efecto acumulativo en el largo plazo. Desembocó no sólo en estándares de conducta cada vez más restrictivos para los funcionarios designados por el Presidente, sino que también puso una carga implícita en cada nueva administración para actuar antes o justo después de asumir funciones —y ciertamente antes de tener la oportunidad de determinar el impacto posible de sus nuevos estándares en el reclutamiento de personal. Se trató de una forma muy particular de hacer política: anunciar soluciones antes de experimentar o estudiar los problemas —y antes de entender las consecuencias” (MACKENZIE 2002, p. 52).

⁹⁹ Este Decreto derogó el anterior, emitido a inicios de la Administración Pacheco de la Espriella,

¹⁰⁰ Artículo 1, Decreto Ejecutivo 33146-MP.

El Presidente de la República se compromete, además, a designar una Comisión de Ética, integrada por 3 miembros del más alto nivel, encargada de asesorarlo en lo relacionado con la Ética en la Función Pública. Se estipula que la Comisión emite sus informes al Presidente de la República y traslada las denuncias, cuando procede, ante la Procuraduría de la Ética Pública¹⁰¹.

La Comisión de Ética fue integrada desde mayo de 2006 y entre otras actuaciones sugirió la remoción del cargo del ex Viceministro de Educación, José Lino Rodríguez¹⁰², por encontrar que había empleado su posición para beneficio de sus familiares, y declaró que el ex Cónsul General de Costa Rica en Nicaragua, Víctor Emilio Láscarez Láscarez, había incurrido en una *“flagrante violación a los principios de integridad y probidad”* al ayudar a ingresar a territorio costarricense a dos extranjeros en condiciones irregulares¹⁰³.

iii. Auditorías internas

Fin

Proteger y conservar el patrimonio público contra cualquier pérdida, despilfarro, uso indebido, irregularidad o acto ilegal, y garantizar eficiencia y eficacia de las operaciones de todos los entes y órganos sujetos a la legislación de control interno.

Responsabilidades en materia de control

1. Realizar auditorías o estudios especiales semestrales, en relación con los fondos públicos sujetos a su competencia.

¹⁰¹ Es decir, se realiza una investigación, que se traslada a otro órgano para que realice una investigación, que se traslada a otro órgano para que realice una investigación (Comisión de Ética – Procuraduría de la Ética Pública – Ministerio Público).

¹⁰² Ver Diario Extra del 4 de enero de 2007.

¹⁰³ Ver periódico La Nación del 18 de diciembre de 2008.

2. Autorizar los libros de contabilidad y las actas de los órganos sujetos a su competencia.
3. Asesorar al jerarca de la institución en materia de su competencia.

Atribuciones

1. Sus observaciones, recomendaciones y disposiciones deben ser acatadas de inmediato por el jerarca de la institución. Si desea apartarse del criterio de la auditoría, el conflicto se resuelve ante la Contraloría General de la República.
2. Goza de libre acceso, en cualquier momento, a todos los libros, los archivos, los valores, las cuentas bancarias, las transacciones electrónicas y los documentos de los entes y órganos de su competencia institucional, así como de los sujetos privados, únicamente en cuanto administren o custodien fondos o bienes públicos de los entes y órganos de su competencia institucional.
3. Puede solicitar, a cualquier funcionario y sujeto privado que administre o custodie fondos públicos de los entes y órganos de su competencia institucional, datos y documentos para el cabal cumplimiento de su competencia.
4. Puede solicitar, a funcionarios de cualquier nivel jerárquico, la colaboración, el asesoramiento y las facilidades que demande el ejercicio de la auditoría interna.

3.2. Poder Legislativo

i. Contraloría General de la República

Fin

Institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública, pero con absoluta independencia funcional y administrativa en el desempeño de sus labores. Es, además, el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores.

Responsabilidades en materia de control¹⁰⁴

1. **Fiscalizar la ejecución y liquidación de los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República. No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría, ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella.**
2. **Examinar, aprobar o improbar los presupuestos de las Municipalidades e instituciones autónomas, y fiscalizar su ejecución y liquidación.**
3. **Aprobar los contratos que celebre el Estado y los que por ley especial deben cumplir con este requisito.**
4. **Aprobar los presupuestos de los sujetos privados que han recibido beneficios por parte de la Administración, en cuanto al monto recibido (sobre esos fondos realiza control de legalidad, contable y técnico).**

¹⁰⁴ En términos generales, todas las responsabilidades de la Contraloría están asociadas al control. Aquí se destacan las que interesan para esta investigación.

Atribuciones

1. Sus disposiciones, normas, políticas y directrices, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecen sobre cualquier otra disposición de los sujetos pasivos que se le opongan.
2. Puede realizar auditorías financieras, operativas y de carácter especial en los sujetos pasivos.
3. Puede instruir sumarios administrativos o realizar investigaciones especiales de oficio, a petición de un sujeto pasivo o de cualquier interesado.
4. Puede determinar si los responsables dentro de la administración activa, encargados de la determinación, gestión de cobro, percepción, custodia y depósito de las rentas y de otros fondos públicos, cumplen a cabalidad con sus funciones.
5. Puede ordenar que se contraten auditorías externas, cuyo costo corre por cuenta del sujeto pasivo.
6. Dentro del ámbito de su competencia, puede declarar la nulidad absoluta que advierta en actos o contratos administrativos de los sujetos pasivos.
7. Tiene acceso a cualquier fuente o sistema de información, registro, documento, instrumento, cuenta o declaración de los sujetos pasivos públicos.
8. Fiscaliza el cumplimiento, por parte de los sujetos privados beneficiarios, de reglas elementales de lógica, justicia y conveniencia, para evitar abusos, desviaciones o errores manifiestos en el empleo de los beneficios recibidos.
9. Por reforma al artículo 24 de la Constitución Política, puede vulnerar el derecho a la intimidad para revisar los libros de contabilidad y sus anexos, de sujetos privados, con el fin de fiscalizar la correcta utilización de los fondos públicos.
10. Se le permite girar orden para que se imponga sanción de suspender o revocar la concesión a un beneficiario, cuando compruebe que ha desviado su beneficio hacia fines diversos del asignado.

ii. Defensoría de los Habitantes

Fin

Órgano adscrito al Poder Legislativo, con plena independencia funcional, administrativa y de criterio, encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes¹⁰⁵.

Responsabilidades en materia de control

1. Velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.
2. Recibir los reclamos o quejas de cualquier persona, física o jurídica, en contra de la Administración.

Atribuciones

1. Puede iniciar, de oficio o a petición de parte, cualquier investigación que conduzca al esclarecimiento de las actuaciones materiales, de los actos u omisiones de la actividad administrativa del sector público.
2. El Defensor podrá inspeccionar las oficinas públicas, sin previo aviso, y requerir de ellas toda la documentación y la información necesarias para el cumplimiento de sus funciones.
3. Puede interponer cualquier tipo de acciones jurisdiccionales o administrativas previstas en el ordenamiento jurídico.

¹⁰⁵ Cabe resaltar las siguientes palabras que figuran en el sitio web de la Defensoría de los Habitantes: *“En esta triada que compone al Poder Legislativo, la Asamblea es la que ejerce el control político directa y explícitamente, mientras que la Contraloría lo ejerce a través de la vigilancia superior de la hacienda pública; la Defensoría de los Habitantes lo hace mediante el control de la legalidad, la moralidad y la justicia de las acciones u omisiones de la actividad administrativa del sector público, en tanto puedan afectar derechos e intereses de los habitantes”*¹⁰⁵.

4. Los funcionarios públicos citados por la Defensoría deben comparecer personalmente en el día y la hora señalados, para lo cual pueden ser obligados por medio de la Fuerza Pública.
5. Sus recomendaciones deben ser acatadas por los funcionarios públicos a las que van dirigidas, bajo apercibimiento de ser objeto de una amonestación.
6. Los órganos públicos están obligados a colaborar, de manera preferente, con la Defensoría de los Habitantes de la República, en sus investigaciones y, en general, a brindarle todas las facilidades para el cabal desempeño de sus funciones.

iii. Comisiones legislativas¹⁰⁶

Se destacan aquí las siguientes comisiones: Comisión Permanente de Asuntos Hacendarios, Comisión Permanente Especial para el Control del Ingreso y el Gasto Públicos y Comisiones Especiales¹⁰⁷ nombradas para el esclarecimiento de hechos relacionados con los deberes en la función pública (por ejemplo, Comisión especial para investigar las irregularidades ocurridas en el Banco Anglo Costarricense, constituida el 27 de septiembre de 1994, disuelta el 6 de enero de 1998).

Fin

Analizar los presupuestos nacionales y los asuntos de Hacienda (Asuntos Hacendarios), examinar la liquidación del presupuesto ordinario y extraordinarios de la

¹⁰⁶ Se debe recordar que la Asamblea Legislativa también realiza control a través de su potestad de control político (ejercida al inicio de cada sesión del plenario). Sin embargo, por tratarse, precisamente, de un control político y no jurídico, no se incluyen dentro de esta investigación.

¹⁰⁷ Según inciso 23 del artículo 121 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

República (Control del Ingreso y Gasto Públicos), e investigar cualquier asunto que la Asamblea les encomiende (comisiones especiales).

Responsabilidades relacionadas con el control

1. Entregar dictamen negativo o positivo sobre los proyectos sometidos a su conocimiento (Asuntos Hacendarios y Control del Ingreso y el Gasto Públicos).
2. Rendir un informe sobre el asunto de su investigación (comisiones especiales).

Atribuciones de comisiones especiales

1. Tienen libre acceso a todas las dependencias oficiales para realizar las investigaciones y recabar los datos que juzguen necesarios.
2. Pueden recibir toda clase de pruebas y hacer comparecer ante sí a cualquier persona, con el objeto de interrogarla.

Aunque no forma parte de la estructura de la Asamblea Legislativa, se mencionan en este apartado los Tribunales de Ética de los partidos políticos, pues juzgan el actuar público de sus miembros (generalmente en el desempeño de una función pública). Los Tribunales de Ética están encargados de:

1. Garantizar que las actuaciones públicas de los miembros del Partido se ajusten a las normas establecidas en el Estatuto, sus reglamentos y los Códigos de Ética del partido (Estatuto del Partido Acción Ciudadana).
2. Velar porque las actuaciones de los miembros del partido, en el seno del partido y en el ejercicio de la función pública, se enmarquen dentro de los principios éticos establecidos en la Carta Fundamental, el Estatuto, el Código

de Ética y los Reglamentos del partido (Estatuto del Partido Liberación Nacional).

3. Conocer y resolver todos los aspectos relacionados con el comportamiento ético e ideológico de los miembros del partido (Estatuto del Partido Movimiento Libertario).
4. Velar porque las actuaciones de los miembros del partido, en el seno del partido y en el ejercicio de la función pública, profesional o empresarial, se enmarquen dentro de los principios éticos y morales que se establecen en la Carta Socialcristiana a Costa Rica, la Carta Ética a Costa Rica, en el Estatuto, en los reglamentos y en la legislación general vigente en el país (Estatuto del Partido Unidad Social Cristiana).
5. Analizar, deliberar, recomendar y expulsar, cuando el caso así lo amerite, a los miembros que hayan afectado o estén afectando la imagen y el desarrollo del partido (Estatuto del Partido Renovación Costarricense).
6. Investigar las denuncias que se presenten, o las que decidan hacer por iniciativa propia sobre las faltas cometidas por los miembros del partido. El Comité Político aprobará un reglamento donde se establezcan las normas mínimas que deben regir en los procedimientos (Estatuto del Partido Alianza Patriótica).

3.3. Poder Judicial

i. La Sala Constitucional

Fin

Garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la

Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.

Responsabilidades en materia de control

1. Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo¹⁰⁸, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.
2. Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad.
3. Evacuar consultas de constitucionalidad en relación con la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos.

Atribuciones

1. Su jurisprudencia y sus precedentes son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma.
2. La aplicación del amparo suspende los efectos de los actos impugnados, en cuanto al recurrente, salvo cuando la Sala estime que la suspensión causaría

¹⁰⁸ Procede el recurso contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos.

El amparo procederá no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

perjuicios al interés público superiores al perjuicio que la ejecución ocasionaría al administrado.

3. Puede dictar cualquier medida de conservación o seguridad para prevenir riesgos materiales o evitar que se produzcan daños como consecuencia de los hechos realizados.
4. La sentencia que declara con lugar una acción de inconstitucionalidad contra un acto subjetivo de las autoridades públicas, tiene efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto.
5. Firme la sentencia que declare procedente el amparo, el órgano o servidor responsable del agravio deberá cumplirla sin demora. Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su firmeza, la Sala se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra él.
6. El desacato a una orden dictada por una resolución constitucional, acarrea para el funcionario la posibilidad de enfrentar pena de prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa.

Especial mención merece la tutela que la Sala realiza del derecho de petición y respuesta, contenido en el artículo 27 de la Constitución Política. Si la Administración no contesta la petición de un ciudadano durante los días hábiles posteriores a su presentación, cabrá la declaratoria con lugar de un recurso de amparo, con todas las implicaciones disciplinarias para el jerarca o funcionario cuyo silencio fue impugnado. En términos de lucha contra la corrupción, esto significa no sólo una garantía de acceso a la información pública sino, además, la facilitación de cualquier investigación que un particular o miembro de la oposición desee realizar sobre los actos de la Administración Pública.

ii. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Fin

Tutelar las situaciones jurídicas de toda persona, garantizar o restablecer la legalidad de cualquier conducta de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico-administrativa.

Responsabilidades en materia de control

1. Resolver los conflictos surgidos entre la Administración Pública y los particulares, conforme a Derecho.

Atribuciones

1. La anulación de un acto administrativo de alcance general producirá efectos *erga omnes*, salvo derechos adquiridos de buena fe y situaciones jurídicas consolidadas.
2. La declaración de nulidad absoluta tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o la norma, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe.
3. Como parte de sus atribuciones en materia de medidas cautelares, el juez respectivo podrá imponer a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer, de no hacer o de dar, para proteger el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

iii. Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública

Fin

Conocer y resolver sobre los delitos contra los deberes de la función pública y los delitos tributarios, así como los contenidos en la Ley General de Aduanas; la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, y la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.

Responsabilidades y atribuciones

Las mismas de la jurisdicción penal general.

iv. Ministerio Público - Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública

Fin

Fiscalía especializada en los hechos ilícitos, cuya competencia corresponde a la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública.

Responsabilidades en materia de control

- 1. Requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos contra los deberes de la función pública.**

Atribuciones

- 1. Puede citar u ordenar la presentación de cualquier persona, siempre que sea procedente.**

2. Cuenta con el respaldo del Organismo de Investigación Judicial en la realización de las investigaciones.
3. Puede actuar en todo el territorio nacional.
4. Puede otorgar beneficios que van desde la reducción hasta la prescindencia, total o parcial, de la persecución penal, a imputados que colaboren en la investigación de los escándalos de corrupción en que están involucrados.

4. Características del control de la corrupción y el gasto público en Costa Rica

4.1. Un sistema híbrido

Mucha ha sido la discusión en torno a la calificación que el sistema de control costarricense puede merecer: predominantemente *ex ante* o predominante *ex post*. Muchas han sido, además, las sugerencias en cuanto a las reformas que debe incorporar en torno a esta materia.

El análisis de la legislación de control lleva a la conclusión de que el costarricense es un sistema híbrido, con un control previo consagrado en la Constitución Política (artículo 184) y que, según interpretación de la Sala Constitucional, "*es de aplicación para toda la Administración Pública, sin excepción alguna, al no distinguir la norma constitucional si se trata de una institución de gobierno central, institución autónoma, u órgano desconcentrado*"¹⁰⁹.

Ese control previo es ejercido por parte de la Contraloría General de la República y del régimen de control interno, mediante las auditorías internas que acompañan los procesos de la Administración Pública.

¹⁰⁹ Resolución No. 5947-98 del 19 de agosto de 1998.

Se ejerce, a la vez, un riguroso control *ex post*, al supervisarse la liquidación de los presupuestos, la ejecución de los contratos e incluso la evaluación de resultados de los Planes Anuales Operativos (PAO) y del Plan Nacional de Desarrollo¹¹⁰.

La explicación para este sistema binario obedece a los diversos objetivos que el control persigue. Existen ciertos requisitos, por ejemplo el de razonabilidad o necesidad, que sólo pueden ser valorados a priori. Otros, como el de eficiencia, sólo pueden ser valorados a posteriori.

La discusión no gira, entonces, en torno a cuál es el tipo de control que se debe ejercer sino quiénes, en qué supuestos, con qué potestades, bajo qué formas y en cuáles plazos deben ejercer el control a priori y el control a posteriori de la Administración activa.

Al respecto, señala JIMÉNEZ RUIS que: *“en la actualidad, muy pocas EFS (Entidades de Fiscalización Superior) siguen realizando fiscalizaciones a priori ya que dicho tipo de control se ha transferido a las denominadas unidades de control previo o interno de los entes públicos”*¹¹¹. La mayoría de países integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), que en gran medida ocupan los mejores puestos en los índices de percepción de corrupción, han renunciado al control previo por parte del órgano de fiscalización superior y han limitado las potestades de su Contraloría o Auditoría Superior, al control de segundo piso y las auditorías especiales¹¹².

Sobre el tema, señala el Observatorio para la Democracia en Centroamérica, que *“el exceso de controles ex ante provoca en algunos casos la parálisis de la administración, lo cual se agudiza cuando la Contraloría realiza un control de oportunidad y no meramente*

¹¹⁰ El artículo 52 de la Ley No. 8131 obliga al Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica a presentar, a más tardar el 1 de marzo de cada año, a la Contraloría General de la República, el informe final sobre los resultados de la ejecución del presupuesto, el cumplimiento de las metas, los objetivos, las prioridades y acciones estratégicas del Plan Nacional de Desarrollo y su aporte al desarrollo económico-social del país.

¹¹¹ Contraloría General de la República 2009, p.22.

¹¹² *“La historia principal del control en los países miembros de la OCDE es el cambio de control ex ante a control ex post, y el desarrollo de procesos más robustos de control interno”* (RUFFNER y SEVILLA 2004, p.124).

*de legalidad*¹¹³. Independientemente de la opinión que se tenga sobre el control a priori que realiza la Contraloría, lo cierto es que sus atribuciones le han sido encomendadas por una ola creciente de legislación, que le encarga cada vez más y más funciones de vigilancia “preventiva” con el interés de “evitar la corrupción antes de que ocurra”.

El fortalecimiento del control ex ante en el ordenamiento nacional obedece al temor de que la Contraloría “llegue demasiado tarde”¹¹⁴, aunque los mismos funcionarios del ente contralor han manifestado que el control a posteriori “*puede también ser preventivo*”¹¹⁵. La Contraloría se encuentra actualmente en medio de un proceso de consulta institucional, en que han pedido la asesoría de expertos nacionales e internacionales, para debatir su posición en torno al tema del control previo y otras posibles reformas al régimen de control¹¹⁶.

Es la opinión de la Subcontralora General de la República que en parte el problema es que las auditorías internas no han adquirido “la madurez” para asumir estas funciones, en particular cuando se trata de asuntos de suma complejidad¹¹⁷ (piénsese, por ejemplo, en el volumen de trabajo que significaría para la auditoría interna del Ministerio de Educación Pública visar todos los contratos de ese órgano. Lo mismo sucedería con la auditoría interna del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, cuyo peso en la contratación administrativa es, además, muy técnico).

¹¹³ Observatorio de la Democracia en Centroamérica 2007, p.186.

¹¹⁴ Así lo afirmó el Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos que conoció en primera instancia del proyecto de Ley Orgánica de la Contraloría General de la República: “*cuando la Contraloría puede meterse a estudiar una irregularidad, bueno, se mete tardíamente, y el informe llega mucho más tarde*”. Acta No. 35 Comisión Permanente de Asuntos Jurídicos, Expediente No. 10150, Tomo I, Folio 49.

¹¹⁵ Entrevista Marta Acosta Zúñiga, Subcontralora General de la República, 15 de julio de 2009.

¹¹⁶ En el mes de septiembre del año 2009, la Contraloría celebró dos mesas redondas tituladas “Pertinencia de los controles previos”, a las que asistieron los candidatos presidenciales y un grupo de expertos nacionales. De todos los candidatos presidenciales de la campaña 2009-2010, sólo una se manifestó de acuerdo con reformar el artículo 184 constitucional, para eliminar el visado previo de la Contraloría (Periódico La Prensa Libre del 2 de septiembre de 2009). Otros, en cambio, optaron por fortalecer los controles.

¹¹⁷ Op. cit. 112.

La discusión sobre el balance entre el control ex ante y el control ex post, y las atribuciones que la Contraloría General de la República puede tener en medio de ese escenario, probablemente dominarán buena parte de la discusión académica e institucional en torno al tema de control en Costa Rica, durante los próximos años. Esta discusión, sin embargo, está sujeta a que el elemento discursivo de la lucha contra la corrupción no impulse al legislador a atribuirle a la Contraloría más controles a priori, como consecuencia de alguna coyuntura política particular.

4.2. La penalización como herramienta de lucha contra la corrupción

La lucha contra la corrupción comparte con otros asuntos de interés nacional la reciente propensión a penalizar cada vez más comportamientos como mecanismo de demostrar la importancia que la Administración y los representantes confieren al tratamiento de un problema (sin importar los resultados reales que dicha penalización pueda acarrear).

La siguiente tabla demuestra las reformas realizadas al Título XV del Código Penal de Costa Rica, Delitos contra los Deberes de la Función Pública, durante las dos últimas décadas:

Tabla 2. Principales cambios en el Título XV del Código Penal de Costa Rica, 1989-2009

Tipo penal	Artículo Reforma	Texto original	Texto actual
Incumplimiento de deberes	332 C.P. / Ley N° 8056 del 21 de diciembre del 2000	Será reprimido con veinte a sesenta días multa, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto propio de función.	Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omita, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función. Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhíba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto está obligado a hacerlo.
Cohecho propio	341 C.P. / Ley No. 7331 de 13 de abril de 1993	Será reprimido con prisión de dos a seis años, el funcionario público que, por sí o por persona interpuesta, recibiera una dádiva o cualquier otra ventaja indebida o aceptare la promesa de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto propio de sus funciones.	Será reprimido con prisión de dos a seis años y con inhabilitación para el ejercicio de cargos y empleos públicos de diez a quince años, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere una dádiva o cualquier otra ventaja o aceptare la promesa directa o indirecta de una retribución de esa naturaleza para hacer un acto contrario a sus deberes o para no hacer o para retardar un acto propio de sus funciones.
Ofrecimiento u otorgamiento de	343 bis C.P. / Ley No. 8115 de 18 de diciembre de 2001	No existía	Será reprimido con prisión de dos a seis años quien ofreciere otorgare directa o indirectamente, dádiva, retribución u otra ventaja indebida a cada funcionario público de otro Estado, para que realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones.
Penalidad del corruptor	345 C.P. / N°8422 del 6.10.2004	Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores ¹¹⁸ son aplicables al que diere o permitiere al funcionario público una dádiva o ventaja indebida.	Las penas establecidas en los cinco artículos anteriores serán aplicables al que dé o prometa al funcionario público una dádiva o la ventaja indebida.

¹¹⁸ Cohecho impropio. Cohecho propio. Corrupción agravada. Aceptación de dádivas por un acto cumplido. Corrupción de jueces.

Tipo penal	Artículo Reforma	Texto original	Texto actual
Enriquecimiento ilícito	346 C.P. / 69 Ley 8422	<p>Será reprimido con prisión de seis meses a dos años, el funcionario público que sin incurrir en un delito más severamente penado:</p> <p>1) Aceptare una dádiva cualquiera ante otro funcionario para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones;</p> <p>2) Utilizare con fines de lucro para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo;</p> <p>3) Admitiere dádivas que le fueren presentadas u ofrecidas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo; y</p> <p>4) No justificare, al ser debidamente requerido, la procedencia de un incremento considerable a su patrimonio posterior a la asunción de un cargo público.</p>	<p>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 fondos, 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, cancele 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.</p>

Tipo penal	Artículo Reforma	Texto original	Texto actual
Negociaciones incompatibles	347 C.P. / Ley N° 8056 del 21 de diciembre del 2000	<p>Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interesare en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo.</p>	<p>Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el funcionario público que, directamente, por persona interpuesta o por acto simulado, se interese en cualquier contrato u operación en que intervenga por razón de su cargo o el funcionario público que participe en una negociación comercial internacional para obtener un beneficio patrimonial para sí o para un tercero. Esta disposición es aplicable a los árbitros, amigables compondores, peritos, contadores, tutores, albaceas y curadores, respecto de las funciones cumplidas en el carácter de tales. En igual forma será sancionado el negociador comercial designado por el Poder Ejecutivo para un asunto específico que, durante el primer año posterior a la fecha en que haya dejado su cargo, represente a un cliente en un asunto que fue objeto de su intervención directa en una negociación comercial internacional. No incurre en este delito el negociador comercial que acredite que habitualmente se ha dedicado a desarrollar la actividad empresarial o profesional objeto de la negociación, por lo menos un año antes de haber asumido su cargo.</p>
		<p>Será reprimido con prisión de tres a doce años el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.</p>	<p>Será reprimido con prisión de tres a doce años, el funcionario público que sustraiga o distraiga dinero o bienes cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo; asimismo, con prisión de tres meses a dos años, el funcionario público que emplee, en provecho propio o de terceros, trabajos o servicios pagados por la Administración Pública o bienes propiedad de ella.</p>
Peculado	354 C.P. / Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004	<p>Y con prisión de tres meses a dos años el que emplee en provecho propio o de terceros trabajos o servicios pagados por la Administración Pública.</p>	<p>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.</p>

Tipo penal	Artículo Reforma	Texto original	Texto actual
Malversación	356 C.P. / Ley N° 8422 del 6 de octubre de 2004	Será reprimido con treinta a noventa días multa, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administre una aplicación diferente a aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio, la pena aumentará en un tercio.	Serán reprimidos con prisión de uno a ocho años, el funcionario público, los particulares y los gerentes, administradores o apoderados de las personas jurídicas privadas, beneficiarios, subvencionados, donatarios o concesionarios que den a los caudales, bienes, servicios o fondos que administren, custodien o exploten por cualquier título o modalidad de gestión, una aplicación diferente de aquella a la que estén destinados. Si de ello resulta daño o entorpecimiento del servicio, la pena se aumentará en un tercio.

Fuente: elaboración propia.

Junto con las reformas detalladas en este apartado, la Ley No. 8422 introdujo 13 nuevas figuras delictivas: falsedad en la declaración jurada; receptación, legalización o encubrimiento de bienes; legislación o administración en provecho propio; sobreprecio irregular; falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados; pago irregular de contratos administrativos; tráfico de influencias; prohibiciones posteriores al servicio del cargo; apropiación de bienes obsequiados al Estado; soborno transnacional; reconocimiento ilegal de beneficios laborales; influencia en contra de la Hacienda Pública, y fraude de ley en la función administrativa¹¹⁹. Estos tipos penales conllevan penas que van desde los días multa (prohibiciones posteriores al servicio del cargo), hasta 10 años de prisión (sobreprecio irregular).

La Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos introdujo, por su parte, la figura del “delito informático”, que implica prisión de hasta tres años para el funcionario público o particular que realice una serie de acciones en contra de los sistemas informáticos de la Administración Financiera y de la Proveeduría.

Como puede desprenderse de algunos de los tipos penales transcritos, parte del fenómeno de penalización en la lucha contra la corrupción se debe a que el hecho de

¹¹⁹ Artículos 46-58 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

desobedecer los procedimientos administrativos de control genera consecuencias penales en sí y por sí mismo. Por ejemplo, no sólo el enriquecimiento ilícito es penado con prisión, sino también la falsedad en la declaración jurada que pretende combatir el enriquecimiento ilícito. Si un funcionario público obligado a rendir declaración jurada omite hacerlo, no importa cuán rectos sean sus ingresos, enfrenta la posibilidad de verse sometido a un proceso penal.

Al igual que sucede en otros ámbitos de interés nacional, en donde el legislador ha mostrado una tendencia a penalizar cada vez más conductas, es válido cuestionar si en el afán por combatir el problema de la corrupción la Asamblea Legislativa no ha adelantado excesivamente la frontera del Derecho Penal, que conforme con la legislación nacional e internacional y la doctrina en torno a la materia, debe estar reservada para los comportamientos más lesivos, aquellos que atentan contra los bienes jurídicos más estimados en una sociedad. Parece exagerado, por ejemplo, imponer una sanción de hasta 8 años de prisión al funcionario público que dé a los fondos que administra un fin distinto al que están destinados, si no se produce daño o entorpecimiento al servicio¹²⁰ (delito de malversación).

No existe evidencia empírica para sostener que la creciente penalización de las conductas ha generado una reducción de los comportamientos corruptos¹²¹, de la misma manera en que no existe prueba para creer que el aumento de las penas genera un efecto disuasorio mayor para los potenciales infractores¹²².

Además, hay que entender que en los delitos contra la Administración Pública, generalmente catalogados como “delitos de cuello blanco”, la sanción social puede resultar tan disuasoria para el agente como la sanción penal. En particular en las altas esferas de la acción política. De aquí que la prevención puede no sólo derivarse de la penalización, sino de la existencia de un orden normativo (social) que opera

¹²⁰ Si se produce daño, la pena se aumenta en un tercio (puede incluso exceder los 10 años).

¹²¹ Sobre este tema se profundiza en el Capítulo VI de esta investigación.

¹²² Ver Capítulo IV sección 2.2.

paralelamente, y que también impone sus sanciones en caso de incurrir en algún comportamiento que contravenga los intereses de la Administración Pública¹²³.

Probablemente más que en otros tipos de criminalidad, la corrupción es desplegada por individuos que comprenden el riesgo que asumen y las normas que transgreden. MORENO OCAMPO argumenta que: *“es esencial comprender que la aplicación de una sanción penal en un caso de soborno puede confirmar la eficacia ya sea de la ley penal o de algún otro sistema operativo. En este sentido, la sanción penal sólo representará un vehículo de cambio si aparece como el correlato necesario de una maquinaria preventiva significativa”*¹²⁴.

Se sobreentiende de esta cita, y de los argumentos expuestos, que la penalización es tan sólo una vía para lidiar con el problema de la corrupción, pero no es la única vía, ni necesariamente la mejor. Tal y como se expuso con anterioridad, existen países con excelentes niveles de transparencia y ética en la función pública que ni siquiera prohíben algunos de los comportamientos penados en países con pésimos desempeños.

Los expertos coinciden en que la capacidad institucional para lidiar con el problema de la corrupción debe ser la sumatoria de una serie de reformas: desde la apertura comercial hasta el fortalecimiento del liderazgo, pasando por el aumento a los salarios en el sector público (condicionados al desempeño y no sólo a la antigüedad), hasta el fortalecimiento de las instituciones democráticas¹²⁵. Simplemente penar cada vez más fuerte cada vez más comportamientos, no acarreará una inmediata solución al problema de la corrupción.

¹²³ Ahora bien, es obvio que los comportamientos censurados socialmente no coinciden por fuerza con los comportamientos censurados penalmente. En Costa Rica, por ejemplo, el 95,4% de las personas considera que hay corrupción cuando “un diputado acepta una ‘mordida’ de una empresa”, pero sólo el 47,7% considera que hay corrupción cuando “una madre paga para agilizar la obtención de una partida de nacimiento de uno de sus hijos” (Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2008). Ambos comportamientos, sin embargo, son proscritos por el Derecho Penal costarricense.

¹²⁴ MORENO OCAMPO 2000, p. 65.

¹²⁵ GRAY y KAUFMANN 1998, p.10.

Señalan ANECHIARICO y JACOBS que: *“necesitamos pensar muy bien cuáles conductas vamos a considerar corruptas y, de éstas, cuáles deben penalizarse y cuáles deben tratarse administrativamente... No toda corrupción es igualmente perjudicial, y distintos tipos de corrupción perjudican de distinta manera”*¹²⁶.

Cuando se le da un tratamiento penal a todas las cuestiones relacionadas con faltas a los deberes en la función pública, se envía un mensaje conforme con el cual todos los comportamientos son igual de lesivos (excepto, tal vez, por el monto de la pena). Cuando todo comportamiento indebido es “corrupción”, y todos los indiciados en un proceso penal por delitos contra los deberes de la función pública son “corruptos”, se pierde una de las funciones esenciales de prevención general de la legislación penal: la comunicación sobre cuáles son los comportamientos más censurados por una colectividad. Si un abuso de autoridad (de los que se denunciaron 1.196 el año pasado), se califica de igual manera que un cohecho propio (de lo que se recibieron 32 denuncias), la percepción de lo que ocurre en el país se distorsiona y la respuesta política puede encaminarse a solucionar problemas que no existen o existen de manera distinta en la realidad.

¹²⁶ ANECHIARICO y JACOBS 2001, p. 323.

4.3. La búsqueda de lo oculto en lo evidente y el pensamiento ilusorio

Uno de los rasgos más interesantes de la legislación de control de la corrupción es la creación de rigurosos mecanismos de supervisión para los actos públicos de la Administración, en busca de comportamientos que son, por antonomasia, ocultos e informales: los actos corruptos.

Quizás con excepción del fraude de ley¹²⁷, el comportamiento corrupto se caracteriza por evadir los procedimientos establecidos para el debido funcionamiento de la función pública. ¿Cómo, entonces, se pretende encontrar esa corrupción en la revisión minuciosa de los procedimientos legales, públicos, escritos, firmados y sellados?

No resulta sorprendente, por ejemplo, que de las casi 13.000 declaraciones juradas que la Contraloría General de la República revisa al año, sólo emerjan 4 denuncias al Ministerio Público por posibles delitos¹²⁸, de las cuales 2 son por “falsedad en la declaración jurada”, no porque se perciba un conflicto de intereses. Es casi obvio que el funcionario que se esté enriqueciendo ilícitamente a costa de su cargo, se cuidará de no hacerlo notar en la declaración jurada que presente a la Contraloría General de la República, y se abstendrá de inscribir a su nombre el acrecentamiento ilegítimo de su patrimonio o el de sus familiares. Pretender detectar el enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos a partir de las declaraciones juradas, es igual a pretender encontrar a los evasores fiscales revisando sus declaraciones de impuestos. En materia de recaudación tributaria existen fiscalizaciones al azar, en especial hacia los grandes contribuyentes y los que presentan un riesgo mayor de evasión. Pero tal posibilidad no existe en el régimen de declaración patrimonial instaurado por la Ley No. 8422.

¹²⁷ Que no evade los mecanismos institucionales, sino que los usa perversamente, para propósitos distintos a los intencionados.

¹²⁸ La referencia y un mayor abundamiento sobre este tema, se encuentran en el Capítulo VI de esta investigación.

El siguiente ejemplo ilustra el mismo punto. En un estudio sobre los hechos de corrupción denunciados en el año 2004, conocidos como los casos CAJA-FISCHEL, ICE-ALCATEL, el Programa Estado de la Nación se preguntaba cómo los contratos que fueron objeto de dichos escándalos lograron pasar por todos los controles previstos, en algunos casos atravesando más de 90 pasos de control institucional, sin que ninguno de ellos detectara ninguna irregularidad¹²⁹. La respuesta es compleja y polémica, pero pasa sin duda por reconocer que esos controles revisaron lo evidente, y las transacciones ilegítimas no operan casi nunca en ese nivel.

4.4. El control como árbitro final en el escenario político

El análisis de las reformas instauradas en el ordenamiento costarricense a lo largo de las dos últimas décadas, invita a concluir que el control se ha convertido en un actor principal del escenario político costarricense, en calidad de árbitro final o último interlocutor en los asuntos de mayor interés nacional¹³⁰. Las instancias de control gozan, en general, de la confianza pública, de grandes atribuciones -acompañadas de la coerción de un vasto régimen disciplinario-, y de la capacidad de vetar, sin recurso, algunos de los principales proyectos en la agenda nacional.

Al respecto, afirma VARGAS CULLEL, citando también a otros autores: *“El diseño estructural del Estado costarricense obedece a un régimen presidencialista con un Poder Ejecutivo que posee atribuciones constitucionales y legales relativamente débiles (Urcuyo 2003). El aparato institucional del estado se caracteriza por múltiples y poderosos centros*

¹²⁹ Programa Estado de la Nación 2005, p.310.

¹³⁰ Piénsese en el poder decisorio que la Sala Constitucional detentó en torno al Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, y en particular en torno a su agenda de implementación; o el que ha demostrado la Contraloría sobre temas como el establecimiento de una refinería de petróleo operada en el país conjuntamente con el Gobierno chino, la ampliación y modernización del aeropuerto Juan Santamaría o el pago de consultorías por parte del Poder Ejecutivo, para mencionar algunos ejemplos recientes.

de poder institucional relativamente autónomos, dentro de los cuales el Ejecutivo es un actor más, uno ciertamente poderoso, pero no dominante. Se trata de un estado con robustos mecanismos de accountability horizontal (O'Donnell 1998; O'Donnell 2003) tanto constitucionales, como legales y administrativos, que controlan y delimitan constantemente las competencias y acciones del Ejecutivo y, en general, de la administración activa”¹³¹.

Esto tiene serias implicaciones políticas. En primera instancia, en términos democráticos, ya que las instituciones de control no están sujetas al sufragio, a la alternabilidad en el poder, al control político legislativo, ni a otros tipos de responsabilidad política tradicionales. Aunque no se puede afirmar que sean instancias *irresponsables*, es claro que su responsabilidad –sobre todo en términos políticos- es inmensamente inferior a la que puede exigírseles a los representantes electos democráticamente. Esto es, que no están sujetos a la misma cuota de control que imparten.

Este dilema no es originario de Costa Rica ni de este momento histórico. Fue planteado desde el siglo IV a.C. por Platón en *La República*, y se describe con la frase del poeta Juvenal: *¿quis custodiet ipsos custodes?* (¿quién custodia a los custodidores? O ¿quién controla a los controladores?). La respuesta que Platón brinda en *La República*, es que los controladores (los “guardianes”) deben limitarse a sí mismos¹³². Sin embargo, en el ordenamiento jurídico costarricense, las instancias de control no hacen sino cumplir con el mandato legal que les ha sido asignado, y no gozan de la potestad de limitar sus propias funciones. Incluso si una instancia está dispuesta a ceder parte de su poder (lo cual es cuando menos cuestionable), se encuentra jurídicamente imposibilitada para hacerlo en razón del principio de legalidad. El “control de los controladores” sólo puede venir de una fuente: la ley, y la tendencia de la historia legislativa reciente de Costa Rica, tal y como se ha visto, opera en el sentido contrario.

¹³¹ VARGAS CULLEL 2007.

¹³² PLATÓN 1998.

La legislación costarricense ha otorgado *cada vez más poder a cada vez más instituciones de control*, generando, irónicamente, un debilitamiento de la responsabilidad de la Administración. Cuando se transfiere al órgano contralor la decisión final de los asuntos, la Administración activa se libra de asumir las consecuencias de sus decisiones, pues en caso de cuestionamiento, sencillamente remite a la resolución positiva o negativa de la Contraloría, de la Sala Constitucional, de la Procuraduría o de cualquier otra instancia. Por ejemplo, cuando un Ministerio impulsa un proyecto innecesario o excesivamente oneroso y la Contraloría lo avala, el Ministro y su institución quedan *de facto* exentos de responsabilidad (sobre todo de responsabilidad política) por una decisión inconveniente para la Administración. En muchos sentidos, Costa Rica ha construido un sistema en donde, en palabras de Kevin CASAS, “*vale lo mismo una excusa que un resultado*”¹³³.

Aunado a lo anterior, el otorgamiento de mayores poderes y atribuciones a las instancias de control ha propiciado muchas veces una duplicidad de funciones. Ante un hecho irregular, existen múltiples instancias capacitadas para elaborar sus propias investigaciones, con consecuencias distintas. Algunas de esas investigaciones, no son sino fases preliminares de la investigación que ejecuta otra instancia con mayores atribuciones (por ejemplo el Ministerio Público o la Contraloría General de la República).

Sirva de ilustración un ejemplo de la historia política reciente de Costa Rica para demostrar este fenómeno: en el caso conocido como el Memorando Casas-Sánchez¹³⁴, las figuras políticas implicadas enfrentaron por el mismo hecho investigaciones por parte del Tribunal Supremo de Elecciones, la Asamblea Legislativa, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la Defensoría de los Habitantes, la Procuraduría de la Ética Pública, el

¹³³ URQUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda “La pertinencia de los controles previos”, 2009.

¹³⁴ A mayor abundamiento, ver ediciones del *Semanario Universidad* del 6 de septiembre de 2007 y del periódico *La Nación* del 7 de septiembre, 10 de septiembre, 12 de septiembre, 18 de septiembre, 22 de septiembre, 25 de septiembre, 28 de septiembre, 20 de noviembre, 6 de diciembre de 2007; 31 de mayo, 22 de septiembre de 2008; 20 de abril de 2009.

Tribunal de Ética del Partido Liberación Nacional, la auditoría interna del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica, el Ministerio Público y, finalmente, los Tribunales de Justicia del Segundo Circuito Judicial de San José.

No todas estas instancias están capacitadas para averiguar la verdad, ni todas las investigaciones tienen por objeto establecer la ilicitud de un comportamiento (eso sólo puede establecerlo la autoridad judicial). Sin embargo, cada resolución, cada dictamen, cada recomendación, tiene consecuencias *reales*, aunque no se trate de consecuencias jurídicas. Esto lleva a la siguiente característica: la meta-juridicidad de la lucha contra la corrupción.

4.5. La meta-juridicidad de la lucha contra la corrupción

Quizás como consecuencia de la mencionada confusión entre sistemas normativos, la lucha contra la corrupción, incluso la ejercida por algunas instancias de control en el ejercicio de sus atribuciones legales, es muchas veces una lucha meta-jurídica, que apela a la ética como sistema relevante en lugar de a la legislación. Esto genera las mismas consecuencias de subjetividad mencionadas en el Capítulo I de la presente investigación, pues aquello que es considerado antiético por parte de la Defensoría de los Habitantes, por ejemplo, no necesariamente coincide con aquello que es considerado antiético por parte de una comisión gubernamental. Incluso si coincidieran en cuanto a lo que es antiético, puede que ese mismo comportamiento sea considerado legal por un tribunal de justicia.

Muchas de las investigaciones realizadas en las instancias de control no cumplen con los mínimos requisitos del debido proceso, pues en ningún momento se le intiman los hechos al investigado, se le ofrece facultad de defenderse o de aportar prueba de descargo, o se le permiten recursos ante los pronunciamientos. Bajo el alegato de que se trata de procedimientos “no judiciales”, se ha creado una dinámica conforme con la cual

se producen efectos reales en la vida de los funcionarios investigados, pero esos efectos se trivializan por no afectar su esfera jurídica.

Sin embargo, esos efectos no judiciales pueden tener un impacto igual de negativo para un individuo que el de una sentencia adversa, quizás más. Un dictamen de la Procuraduría de la Ética Pública que califique un comportamiento como una “falta a los deberes éticos”, y que reciba amplia cobertura en los medios de comunicación nacional, puede generar un daño que ni siquiera es subsanable por una sentencia absolutoria de un tribunal de la Jurisdicción Penal de Hacienda.

Cuando la misma legislación encarga a un ente como la Defensoría de los Habitantes a supervisar *la moral* de la actuación de la Administración Pública, se tiene la impresión de estar frente a una era post-jurídica de la lucha contra la corrupción. Sin embargo, esas fueron, precisamente, las condiciones pre-jurídicas (tal y como se estudiaron en el capítulo anterior), y fue por las arbitrariedades inherentes de esas condiciones, que se pasó a un sistema basado en la licitud.

La única manera de otorgar objetividad a procesos de esta naturaleza, tal y como se estudió con anterioridad, es encargando a las instancias de supervisar la licitud de los actos, no su ética, pero esto plantea la interrogante de si no es precisamente esa función (la de evaluar la licitud de los actos), la que la separación de poderes otorga al Poder Judicial, a través del debido proceso.

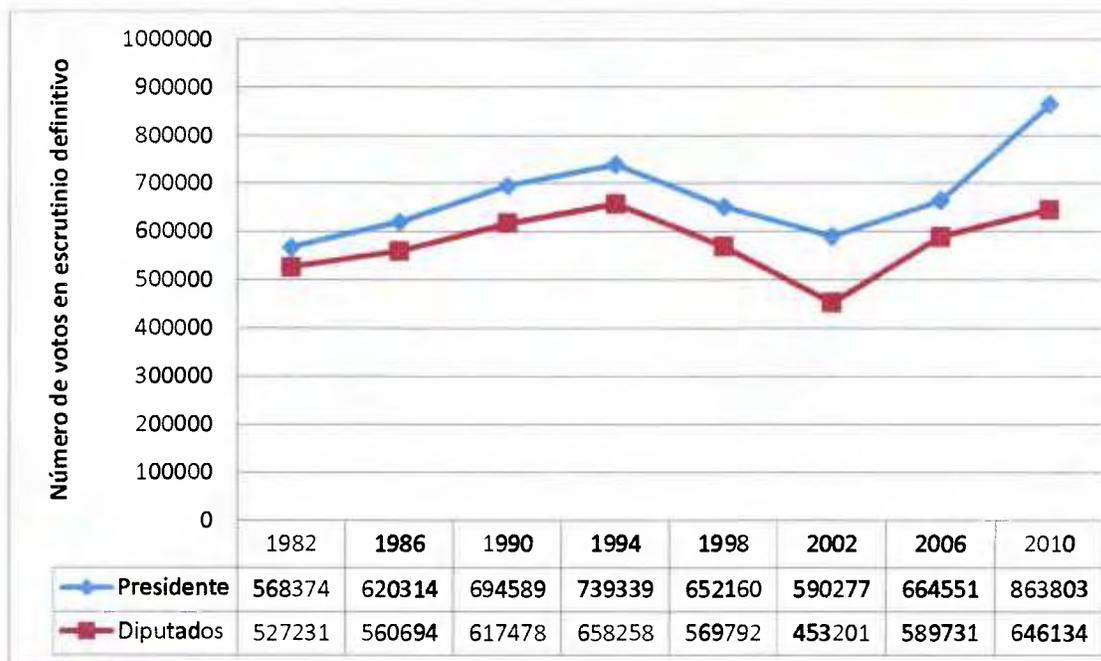
5. El Estado costarricense en la actualidad: su propia *era post-Watergate*

Es fácil concluir de la exposición contenida en este capítulo que hay signos evidentes de un cambio en Costa Rica. Existe una tendencia a limitar el poder político, que se aprecia no sólo en la abundante producción legislativa y el surgimiento y fortalecimiento de las instancias de control, sino también en el mismo comportamiento político y electoral de los ciudadanos. MACKENZIE califica el fenómeno del “gobierno

dividido” (el escenario en que el Poder Ejecutivo se encuentra en manos de un partido político y el Legislativo en manos de otro), como uno de los rasgos comunes de la era post-Watergate¹³⁵. Costa Rica se encuentra lejos de experimentar ese nivel de división, sin embargo, la brecha entre los votos conferidos al candidato presidencial victorioso y los conferidos a los diputados de su mismo partido político, ha venido ensanchándose durante las dos últimas décadas.

Tal y como puede apreciarse en el Gráfico 3 y en la Tabla 3, en los últimos dieciocho años Costa Rica ha experimentado un crecimiento del quiebre del voto a lo largo de ocho elecciones nacionales.

Gráfico 3. Votos para Presidente y Vicepresidente del partido político victorioso en relación con votos para diputados de ese mismo partido, 1982-2010



Fuente: elaboración propia con base en los escrutinios definitivos del Tribunal Supremo de Elecciones (datos provisionales para el rubro de “Diputados, 2010” actualizados al 08/02/2010).

¹³⁵ MACKENZIE 2002, p.32

Tabla 3. Diferencia porcentual entre votos para Presidente y votos para diputados del partido político victorioso, 1982-2010

Año	Diferencia porcentual (Porcentaje de personas que quebraron el voto)
1982	7,24
1986	9,61
1990	11,10
1994	10,97
1998	12,63
2002	23,22
2006	11,26
2010	25,20
PROMEDIO	13,90

Fuente: elaboración propia con base en los escrutinios definitivos del Tribunal Supremo de Elecciones.

Como puede observarse, el promedio en el quiebre del voto durante las últimas ocho elecciones es de 13.90%, 6.5 puntos por sobre el porcentaje de 1982. Esto es signo de la voluntad del electorado de fortalecer a quienes controlan el poder público, y no sólo a quienes lo ejercen.

El aumento en el quiebre del voto va acompañado del surgimiento de terceras fuerzas partidarias (o fuerzas partidarias no tradicionales), otra de las manifestaciones que pueden apreciarse en los ordenamientos jurídicos como consecuencia de la construcción de la utopía de un Estado vacunado contra la corrupción. En la lógica que subyace a este fenómeno, las fuerzas tradicionales son vistas como las representantes de un orden pasado en donde imperaba la corrupción, mientras que las nuevas fuerzas simbolizan la posibilidad de abandonar ese pasado y forjar un Estado íntegro y transparente¹³⁶.

Como muestra evidente de este fenómeno en Costa Rica, ese “tercer partido” (en la actualidad la segunda fuerza política representada en la Asamblea Legislativa) lleva como bandera, precisamente, la lucha contra la corrupción y la defensa de la ética en la

¹³⁶ Señala MACKENZIE que las décadas recientes han sido un tiempo en que la mejor política, o el mejor discurso político, es el de la antipolítica. En este contexto, quienes gozan de mayor ventaja son quienes no han sufrido “la percibida mancha de haber ocupado un cargo público” MACKENZIE 2002, p. 110.

función pública. El Partido Acción Ciudadana (PAC) emerge en el escenario político costarricense tras la dimisión de su líder y fundador, Ottón Solís Fallas, del Partido Liberación Nacional (PLN) y la promulgación del Estatuto del partido, el 3 de diciembre del año 2000. El artículo 9 de dicho documento estipula:

“ARTÍCULO 9 – COMBATE A LA CORRUPCION

El Partido Acción Ciudadana combatirá tenazmente todas las formas de corrupción política no sólo para salvaguardar los recursos públicos sino también para evitar que la corrupción se constituya en una fuente de ventaja competitiva que desvirtúe el principio de la libre competencia en el ámbito de la economía y la producción”.

En el mismo sentido, el artículo 57 -denominado “sanciones”- establece que:

“Se considera falta todo acto voluntario de los miembros del Partido Acción Ciudadana, que trasgredan o afecten las normas de la ética y la moral pública, y/o que vayan contra el Código de Ética del Partido, los compromisos electorales adquiridos, este Estatuto, sus reglamentos y las leyes electorales del país, así como contra los acuerdos y decisiones de las Asambleas del Partido y del Comité Ejecutivo Nacional”.

Durante la campaña electoral previa a las elecciones de 2002, el PAC convocó a un número creciente de electores. En febrero de 2001, Ottón Solís contaba con apenas un 7% de apoyo en las encuestas sobre candidatos presidenciales, en agosto contaba con un 8%, en septiembre con un 12%, en diciembre con un 22%, en enero con un 23%¹³⁷ para obtener al final un 26,19% de los votos válidos en las elecciones de febrero de 2002, quedando a escasos cinco puntos del candidato del PLN, Rolando Araya Monge, quien

¹³⁷ Periódico La Nación 12 de febrero de 2001, 14 de agosto de 2001, 20 de noviembre de 2001, 9 de enero de 2002, 14 de enero de 2002.

disputó la segunda ronda electoral con el candidato del Partido Unidad Social Cristiana, Abel Pacheco de la Espriella. En su segunda postulación para la Presidencia de la República, en el año 2006, Solís obtuvo un 39,8% de los votos válidos emitidos, con una diferencia menor a los 20.000 votos del candidato victorioso, Óscar Arias Sánchez¹³⁸. Su apoyo decreció en las elecciones de febrero de 2010, alcanzando el 25% de los votos válidos emitidos¹³⁹, sin embargo, se consolida como la segunda fuerza política del país.

Desde entonces, y hasta la fecha, el PAC ha sido constante en su referencia al combate a la corrupción como uno de sus rasgos distintivos. En un reciente discurso pronunciado con ocasión de la Instalación de la Asamblea Nacional y la Elección de las Autoridades Ejecutivas del Partido Acción Ciudadana, su líder y candidato presidencial, Ottón Solís, sostuvo: *“El país no ha resuelto los problemas que tenía cuando encontramos necesario crear el PAC. La corrupción, el despilfarro y los financiamientos oscuros de campaña, el abuso con los recursos públicos, el irrespeto a las leyes, la desigualdad, la pobreza y el centralismo clientelar se mantienen y en algunos casos han empeorado”*¹⁴⁰.

El PAC ha sido el caso más notorio de surgimiento de nuevas fuerzas políticas durante las últimas dos décadas, pero no es el único. El Partido Movimiento Libertario (ML) obtuvo en las elecciones del año 2006 un 8,48% de los votos válidos emitidos para Presidente y Vicepresidente¹⁴¹. Para el año 2010, su caudal electoral aumentó al 20,8%¹⁴². Según los resultados provisionales, son 8 los partidos políticos que estarán representados en la Asamblea Legislativa durante el periodo 2010-2014, igual número que en el periodo 2006-2010.

¹³⁸ Tribunal Supremo de Elecciones 2009.

¹³⁹ Tribunal Supremo de Elecciones, 2010.

¹⁴⁰ Discurso *La ruta urgente*, pronunciado en San Pedro de Montes de Oca el 7 de febrero de 2009. Disponible en <http://sitio.pac.cr/node/326>

¹⁴¹ Tribunal Supremo de Elecciones 2009.

¹⁴² Tribunal Supremo de Elecciones, 2010.

Se reconoce que la lucha contra la corrupción no es el único factor que ha galvanizado el fenómeno de la proliferación de partidos políticos en el escenario costarricense. Existen variables relacionadas con una transformación estructural, más de fondo, en torno al rol del Estado y la limitación del poder público. Sin duda, los profundos cambios que el proceso de ajuste estructural impulsó en todos los países del mundo en desarrollo, y en particular en los países de América Latina, durante la década de los ochenta, acompañado de un desarrollo de la economía de mercado en que el sector privado acapara muchas de las funciones que antes ejercía un Estado empresario, cambiaron el equilibrio de poder en el país, y con ello cambiaron la cultura política y la disposición de los costarricenses ante la “política tradicional”. El Estado actual es un Estado menos poderoso del que era hace treinta o cuarenta años, como consecuencia de transformaciones que van mucho más allá de las características de la era post-Watergate.

No obstante lo anterior, es claro que muchas de las fuerzas políticas emergentes han capitalizado el descontento popular en torno a la corrupción. Su discurso sobre la ética, legitimado en la opinión pública por sonados casos de corrupción durante los últimos años, ha ocasionado que, en muchas ocasiones, la confrontación política tradicional se haya convertido en una confrontación sobre la ética¹⁴³, una confrontación en que se trata de demostrar no cuál es el mejor partido político en términos de ideas, propuestas o trayectoria; sino cuál es el mejor partido político en términos de rectitud. Crecientemente, la discusión política costarricense es una discusión en torno a quiénes son “los buenos” y quiénes “los malos” entre aquellos que detentan poder.

La dinámica que sustenta a este nuevo orden, impulsa a los partidos políticos a acusar a sus adversarios de faltar a la moral y a la integridad pública, como mecanismo para avanzar en su propia agenda política. Los diputados y diputadas, los regidores y regidoras, se han convertido en denunciantes habituales y han pasado a interpretar que una de sus principales funciones en el ejercicio de su cargo es, precisamente, llevar casos al Ministerio Público, a la Sala Constitucional, a la Contraloría General de la República, a la

¹⁴³ Sobre este aspecto profundiza la Sección 2.3. del Capítulo III de la presente investigación.

Procuraduría de la Ética, etc¹⁴⁴. Basta con ingresar al sitio web de las distintas tendencias representadas en la Asamblea Legislativa, para conocer de las denuncias, recursos y acciones presentados ante las instancias de control por presuntos casos de corrupción. Se trata de un ejercicio recíproco entre los partidos, que pocas veces rinde resultados jurídicos, pero casi siempre rinde resultados políticos. Esto es, que la ética y los instrumentos jurídicos para defender la probidad en la función pública, son empleados, a menudo, como un arma de combate político, y no sólo como un arma de combate a la corrupción.

Se admite, por supuesto, que los fenómenos consignados (proliferación de legislación de control, quiebre del voto, surgimiento de terceras fuerzas políticas, desarrollo de una cultura de confrontación política basada en la ética) son fenómenos complejos, en los que la construcción de un ideal anticorrupción opera como una de las causas, no como la única. Sin embargo, no puede menos que aceptarse que los escándalos englobados en torno a la quiebra del Banco Anglo Costarricense (1994-1997), los casos CAJA-FISCHEL e ICE-ALCATEL (2004-actualidad), junto con otros de menor impacto en la opinión popular, marcaron para Costa Rica su propia era post-Watergate, con costos y resultados que serán evaluados en los siguientes capítulos.

6. Conclusión

La lucha por la integridad en la función pública existe en Costa Rica desde la época de la Colonia. Sin embargo, el último medio siglo, y sobre todo las últimas dos décadas,

¹⁴⁴ GINSBERG y SHEFTER se preguntan, con razón, “¿Cómo la política alcanzó el punto en que los empleados públicos frecuentemente buscan asegurar el encarcelamiento de sus opositores políticos?” (ROBERTS y DOSS 1997, p. xix).

han visto un crecimiento exponencial de la preocupación por el problema de la corrupción y de la respuesta legislativa a dicho problema.

Desde 1989 hasta la fecha, la Asamblea Legislativa de Costa Rica ha aprobado un mínimo de 14 leyes con algún contenido de control de la corrupción, limitando cada vez más las funciones del Estado y confiriendo cada vez más poder a las instancias controladoras. Nuevos actores, y actores fortalecidos, han dominado el escenario político-jurídico costarricense durante los últimos años, entre los que cabe destacar a la Procuraduría General de la República, y dentro de ella a la Procuraduría de la Ética Pública; las auditorías internas de cada ente y órgano de la Administración; la Contraloría General de la República; la Defensoría de los Habitantes; la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y el Ministerio Público, a través de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública.

Entre las características más notorias de la lucha contra la corrupción en Costa Rica, está la instauración de un sistema híbrido con control superior ex ante y ex post; la creciente penalización de comportamientos (y el aumento de penas en los tipos ya existentes); la búsqueda de lo oculto en lo evidente, esto es, la revisión minuciosa de procedimientos legales como mecanismo para encontrar actuaciones ilegales, que más bien han evadido esos procedimientos; el protagonismo de las instancias de control como árbitros finales de las discusiones políticas, y la introducción de elementos no jurídicos en los procedimientos investigativos (meta-juridicidad).

Todas estas características apuntan a que Costa Rica ha entrado en su propia era post-Watergate, en donde la suspicacia ante el poder público se manifiesta en comportamientos como la proliferación de legislación de control, el quiebre del voto, el surgimiento de terceras fuerzas políticas y el desarrollo de una cultura de confrontación política basada en la ética.

CAPÍTULO III: COSTOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COSTA RICA

Mucha atención se ha dedicado a los mecanismos adoptados por el ordenamiento jurídico costarricense para combatir la corrupción; en cambio, muy poca se ha dedicado a los costos que esos mecanismos han entrañado para la Administración Pública, y a través de ella para el resto de la población costarricense. A pesar de las afirmaciones de quienes sostienen que la corrupción debe ser perseguida “a toda costa”, se debe reconocer que, en la realidad, ningún problema social, político o jurídico puede ser solucionado “a toda costa”: cualquier inversión¹⁴⁵ que se hace para combatir un problema, implica una inversión que se deja de hacer en solucionar otros asuntos.

A menos de que se asuma que la persecución de la corrupción es el único problema que la Administración Pública costarricense necesita solucionar; o a menos de que se crea que solucionarlo traerá el remedio para los demás desafíos, es no sólo necesario, sino esencial, evaluar los costos de las políticas que se han impulsado y evaluar si esos costos guardan una relación provechosa con las demás tareas indispensables a cargo de la Administración Pública.

Esos costos pueden ser difíciles de señalar, en particular cuando se trata de cuestiones inestimables en términos cuantitativos. El efecto que la lucha contra la corrupción pueda tener sobre el proceso político, sobre la capacidad del Estado de disponer del mejor recurso humano, sobre la eficiencia de la Administración, tan sólo puede adivinarse con base en datos indiciarios. Sin embargo, y aunque se trate de un proceso inductivo que no excluye la concurrencia de otros factores igualmente determinantes, el presente capítulo demuestra que existe una relación negativa entre los controles existentes en el ordenamiento jurídico costarricense en materia de lucha contra la corrupción, y algunos de los demás intereses y valores que tutela el ordenamiento.

¹⁴⁵ De capital, de recursos humanos, de caudal político, etc.

1. Costos económicos

El gasto en las instancias de control no es el principal costo que la lucha contra la corrupción acarrea para el ordenamiento jurídico costarricense. En general, no son los presupuestos públicos de estas instancias, ni la cantidad de personal con que cuentan, los que determinan el peso que tienen en el escenario nacional: son las competencias que les han sido asignadas.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia cuenta con mucho menor personal que el Ministerio de Agricultura y Ganadería, por ejemplo, y un presupuesto también muy inferior¹⁴⁶. Sin embargo, es evidente que la primera detenta un poder superior al del segundo, precisamente en su calidad de árbitro final de las cuestiones de interés nacional. Tan sólo en el año 2008, la Sala Constitucional resolvió un total de 17.104 asuntos, de las cuales declaró con lugar o parcialmente con lugar alrededor de 4.580¹⁴⁷. Su trascendencia política, que es incuestionable, no se corresponde con una trascendencia presupuestaria. Por el contrario, este apartado demuestra que el peso de las instancias de control en la asignación de recursos públicos en el ordenamiento jurídico costarricense es más bien poco.

Sin embargo, los costos económicos operan en dos sentidos: como gastos realizados y como ingresos dejados de percibir o dejados de ejecutar. Si bien el control de la corrupción tiene un impacto pequeño en el primer sentido (en general, representa menos del 1% del Presupuesto Nacional), resulta inmensamente oneroso en el segundo sentido, en el de ingresos dejados de percibir o subejecutados.

¹⁴⁶ El Ministerio de Agricultura y Ganadería contaba con 1,263 funcionarios para el ejercicio económico del año 2008 (Memoria Anual del Ministerio de Cultura y Ganadería 2008) y un presupuesto de más de 27.000 millones de colones; mientras el número de funcionarios de la Sala Constitucional no excede las 200 personas, y su presupuesto es una séptima parte del presupuesto del MAG.

¹⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 2009.

1.1. El control de la corrupción y el gasto público como parte del Presupuesto de la República

La Tabla 4 muestra el presupuesto de algunas de las instancias de control de la Administración Pública costarricense, durante el quinquenio 2006-2010, así como su relación con el Presupuesto de la República. Aunque es evidente que éste no es el costo nominal del control de la corrupción y el gasto público, y que algunas de estas instancias tienen a su cargo funciones que no necesariamente están destinadas a este propósito, en general se puede afirmar que el peso relativo de la lucha contra la corrupción en Costa Rica sobre el presupuesto general de la Administración, es poco.

Tabla 4. Presupuesto de algunas instancias de control 2006-2010, en millones de colones (según ley original, sin modificaciones)

Institución	2006	2007	2008	2009	2010
Contraloría General de la República	9.783	11.419	12.372	14.956	16.902
Defensoría de los Habitantes	1.804	2.079	2.436	3.235	3.634
Sala Constitucional*	1.738	2.096	2.647	3.467	3.713
Poder Judicial-Penal de Hacienda**	545	645	778	1.126	1.310
Procuraduría de la Ética Pública***	932	1.146	1.417	1.807	2.239
TOTAL	14.802	17.385	19.650	24.591	27.798
Presupuesto Nacional	2.770.329	2.935.789	3.472.441	4.128.342	4.719.573
% del Presupuesto Nacional	0,5343%	0,5922%	0,5659%	0,5957%	0,5890%

Fuente: elaboración propia con base en las Memorias Anuales de la Contraloría General de la República, Anuario de Estadísticas Judiciales, Presupuestos Ordinarios y Extraordinarios de la República, Memorias Anuales del Ministerio de Justicia y Gracia.

Nota metodológica. Tabla 4.

* Para este rubro, se sumaron los datos de las categorías "dirección y administración" y "servicio jurisdiccional" de los "Egresos Ordinarios y Extraordinarios del Poder Judicial" y se multiplicaron por 2,86%, usando como base el año 2008 para establecer la relación de todos los años. Del total de 627.848 casos ingresados al Poder Judicial durante el año 2008 (el último año disponible en los Anuarios Estadísticos del Poder Judicial), 17.972 correspondieron a la materia constitucional (2,86%). Tanto en este rubro como en el correspondiente a Poder Judicial-Penal de Hacienda, se sobreentiende que no todos los casos ingresados a la Administración de Justicia entrañan el mismo gasto. Se trata tan sólo de un aproximado.

** Para este rubro, se sumaron los datos de las categorías "dirección y administración" y "servicio jurisdiccional" de los "Egresos Ordinarios y Extraordinarios del Poder Judicial" y se multiplicaron por 0,28%, usando como base el año 2008 para establecer la relación de todos los años. Del total de 627.848 casos ingresados al Poder Judicial durante el año 2008 (el último año disponible en los Anuarios Estadísticos del Poder Judicial), sólo 1.774 correspondían a denuncias relacionadas con delitos por deberes contra la función pública (0,28%). Al resultado de esa operación, se le sumó el resultado de multiplicar por 0,94% los rubros correspondientes a las categorías de "servicio de investigación judicial", "servicio ejercicio de la acción penal pública", "servicio defensa pública", ya que del total de 188.074 casos penales ingresados al Poder Judicial durante el año 2008, sólo 1.774 correspondieron a denuncias relacionadas con delitos por deberes contra la función pública (0,94%).

*** Para este rubro, se multiplicó el presupuesto de la Procuraduría General de la República por 32,58%, Del total de 1.676 expedientes tramitados en la Procuraduría General de la República en el año 2008, 700 correspondieron a la Procuraduría de la Ética Pública, sin embargo, considerando que el 2008 representó un incremento anormal de denuncias -que puede alterar la relación-, se empleó un promedio de los expedientes del 2007 (391) y los del 2008 (700), dando una media de 546 asuntos. De nuevo, se reconoce que no cada expediente entraña un gasto idéntico. Se trata de hacer un aproximado presupuestario.

Los montos parecen elevados para una oficina que, en realidad, es relativamente pequeña. Incluso si se toma en consideración el rubro correspondiente a alquiler de edificio, servicios básicos, material de oficina, etc. el peso total que la Procuraduría de la Ética tiene en el presupuesto de la Procuraduría General de la República probablemente es inferior. Sin embargo, no existe forma de saberlo, pues ni la Memoria Anual del Ministerio de Justicia ni el Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República, desagregan sus datos por despacho, lo cual implicó serias complicaciones para la elaboración del presente cuadro y, en general, dificulta el análisis del presupuesto de una institución según sus funciones.

Como puede desprenderse de los datos expuestos, el control de la corrupción como gasto generado, no significa una carga insostenible para el Estado costarricense.

Por el contrario, y precisamente por las amplísimas potestades que algunas de estas instancias han recibido en los últimos años (Contraloría General de la República, Sala Constitucional), está en el mejor interés de la Administración y de los administrados que gocen de suficientes recursos para llevar a cabo su tarea, bajo riesgo de que el exceso de funciones signifique el aletargamiento de los procesos o su paralización. Sin embargo, tal y como se ha expresado, la evidencia apunta en el sentido de que el legislador ha asignado cada vez más y más funciones a las instancias de control, sin asignarles más recursos (en términos relativos al resto de la Administración).

La Tabla 5 muestra el número de plazas en algunos Ministerios, instituciones autónomas y órganos desconcentrados, con el interés de compararlos con el movimiento de personal de la Contraloría General de la República.

Tabla 5. Plazas en el sector público y crecimiento interanual, 1994-2006

Año/ Crecimiento interanual	Asamblea Legislativa	Ministerios	Poder Judicial	CGR	Defensoría de los Habitantes
1994	778	69.877,0	4.500	627	75
1995	772	68.657,0	4.500	625	83
	-0,77%	-1,75%	0,00%	-0,32%	10,67%
1996	852	67.757,0	5.016	625	86
	10,36%	-1,31%	11,47%	0,00%	3,61%
1997	856	69.480,0	5.865	625	86
	0,47%	2,54%	16,93%	0,00%	0,00%
1998	867	70.614,5	5.656	625	97
	1,29%	1,63%	-3,56%	0,00%	12,79%
1999	940	72.983,0	6.031	568	105
	8,42%	3,35%	6,63%	-9,12%	8,25%
2000	980	76.405,0	6.180	563	110
	4,26%	4,69%	2,47%	-0,88%	4,76%
2001	1.064	81.817,0	6.516	520	116
	8,57%	7,08%	5,44%	-7,64%	5,45%
2002	994	85.461,0	6.654	526	133

Año/ Crecimiento interanual	Asamblea Legislativa	Ministerios	Poder Judicial	CGR	Defensoría de los Habitantes
	-6,58%	4,45%	2,12%	1,15%	14,66%
2003	986	85.944,0	7.119	554	139
	-0,80%	0,57%	6,99%	5,32%	4,51%
2004	995	88.672,0	7.290	559	143
	0,91%	3,17%	2,40%	0,90%	2,88%
2005	1.001	90.753,0	7.491	608	150
	0,60%	2,35%	2,76%	8,77%	4,90%
2006	961	92.400,5	7.768	582	149
	-4,00%	1,82%	3,70%	-4,28%	-0,67%
Promedio crecimiento interanual	1,89%	2,38%	4,78%	-0,51%	5,98%

Fuente: elaboración propia con información de Ministerio de Hacienda 2009.

De esta tabla puede desprenderse que, aunque las funciones de la Contraloría General de la República han aumentado significativamente desde la promulgación de su Ley Orgánica (en el año 1994), su personal más bien ha decrecido. Eso significa que los funcionarios que integran el ente contralor han debido asumir una creciente carga de trabajo que dificulta la cabal ejecución de las funciones asignadas.

Ello explica que se haya presentado a la Asamblea Legislativa un proyecto de ley para desembarazar a la Contraloría de algunas de las funciones atípicas que le han sido asignadas (expediente legislativo No. 16790, *“Reforma a varias leyes sobre la participación de la Contraloría General de la República para la simplificación y el fortalecimiento de la gestión pública”*, originalmente denominado *“Ley de reformas al marco legal para la simplificación y el fortalecimiento de la gestión pública”*). Con este proyecto, se propone reformar artículos de alrededor de 50 leyes especiales, que generan responsabilidades ajenas a la naturaleza jurídica de la Contraloría, definida por la propia Constitución Política. En el mes de noviembre del año 2009, el proyecto recibió un dictamen unánime afirmativo en la Comisión de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa.

Junto con este proyecto de ley, la Contraloría ha promovido abiertamente la reforma al artículo 184 de la Constitución Política¹⁴⁸, que la obliga al visado de todos los contratos de la Administración Pública (*“un típico mecanismo de control interno en el control externo”*¹⁴⁹). Por tratarse de una reforma constitucional, esta posibilidad es aún remota. Siendo que es improbable que se logre la tramitación y votación de una reforma constitucional en lo que resta de la actual Administración, y tomando en consideración que la Constitución Política ordena la votación de las reformas constitucionales en dos diferentes legislaturas, la Contraloría continuará refrendando los contratos de la Administración como mínimo hasta la segunda mitad del año 2014. Mientras tanto, a través de diversas interpretaciones y aclaraciones, el ente contralor ha logrado reducir progresivamente la cantidad de refrendos que realiza al año, pasando de casi 3.000 gestiones en el 2003, a 1360 en el 2008¹⁵⁰.

1.2. Subejecución presupuestaria

A pesar de que existen múltiples factores que explican el fenómeno de la subejecución presupuestaria de la Administración Pública costarricense, que en el 2008 alcanzó el 10% del presupuesto del Gobierno Central¹⁵¹, una de esas explicaciones es la dificultad que enfrentan las instituciones, en particular las instituciones pequeñas y los gobiernos locales, para cumplir con todas las normas y procedimientos detallados por el Sistema de Administración Financiera de la República, la Ley de Contratación Administrativa y el resto de la normativa de control, como requisito para poder disponer de los recursos asignados.

¹⁴⁸ Contraloría General de la República 2009, p.28-29.

¹⁴⁹ Así lo calificó Carlos ARGUEDAS en URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda “La pertinencia de los controles previos”, 2009.

¹⁵⁰ Contraloría General de la República 2009, p.353.

¹⁵¹ Contraloría General de la República 2009, p.52.

La Contralora General de la República, Rocío Aguilar, ha afirmado que el problema de la subejecución *“se presenta por las dificultades de gestión: trámites, obligaciones legales, problemas en las instituciones que autorizan las obras, obstáculos en la contratación pública, etc.”*¹⁵².

Un reciente estudio del Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica sobre ejecución presupuestaria de gobiernos locales, incluía dentro de los tres principales *“factores que inciden en la subejecución presupuestaria”* la *“deficiente ejecución de gastos por desconocimiento de procesos (sobre todo de contratación)”*¹⁵³.

El monto del presupuesto del Gobierno Central que se subejecutó en el 2008 excede los 360 mil millones de colones, esto es más que la sumatoria de los presupuestos que en ese año se asignaron al Ministerio de Salud, al Ministerio de Seguridad Pública, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, al Ministerio de Gobernación y Policía, al Ministerio de Ambiente y Energía, al Ministerio de Ciencia y Tecnología y al Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Esto trae serias consecuencias para una Administración que debe satisfacer con urgencia una creciente demanda de servicios y bienes. En la medida en que la legislación obstaculiza la entrega de esos resultados, lesiona no sólo la eficiencia sino también la naturaleza del Estado. Es en la identificación de esa lesión en que se enfoca el siguiente acápite del Capítulo III, que versa sobre los costos no económicos que la lucha contra la corrupción entraña para la Administración Pública.

¹⁵² Periódico La Nación, 19 de noviembre de 2007.

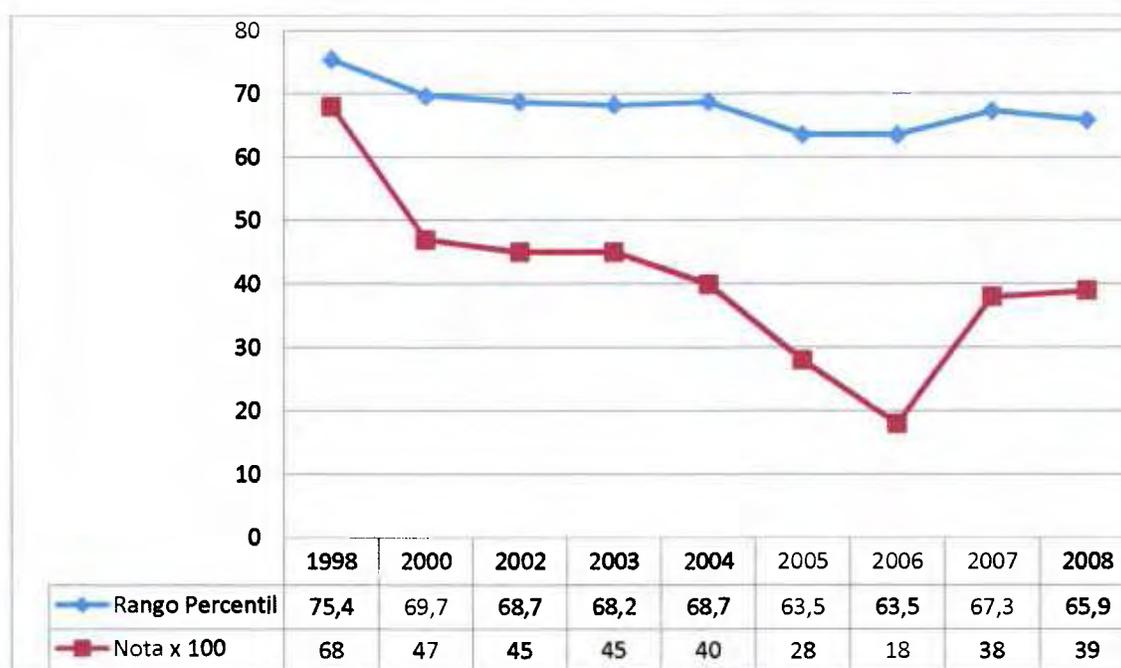
¹⁵³ Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica 2009.

2. Otros costos

2.1. El entrabamiento de la Administración

Es común escuchar en Costa Rica la referencia a un Estado paralizado, amarrado o cargado de trabas. A pesar de la connotación hiperbólica de dichos comentarios, parece ser cierto que la Administración Pública costarricense ha sufrido un deterioro paulatino de sus capacidades de gestión, en buena medida por los controles que ella misma se ha impuesto en la adopción y ejecución de políticas públicas. El Gráfico 4 demuestra la evolución de Costa Rica en el componente de “Efectividad del Gobierno” de los indicadores de Gobernanza y Anticorrupción elaborados en el 2009 por el Banco Mundial.

Gráfico 4. Efectividad del Gobierno¹⁵⁴ de Costa Rica según Indicadores del Banco Mundial, 1998-2008



Fuente: elaboración propia con base en datos sobre Gobernanza y Anticorrupción del Banco Mundial, KRAAY, KAUFMANN y MASTRUZZI 2009.

¹⁵⁴ Este indicador integra una serie de datos que van desde los retrasos burocráticos hasta el gobierno digital. Incluye rubros sobre políticas para mejorar la eficiencia del sector público y la capacidad de planificación a largo plazo. A mayor abundamiento, KRAAY, KAUFMANN y MASTRUZZI 2009.

La línea azul en el gráfico anterior muestra cómo Costa Rica ha perdido progresivamente varios escalones en el ranking de efectividad: representa el deterioro respecto de los demás países del mundo (los indicadores en cuestión analizan datos de 220 países). La línea roja ilustra la nota o resultado que el país recibe en la evaluación de su efectividad: representa el deterioro de su funcionamiento en sí y por sí.

Como puede observarse, no sólo el Gobierno costarricense es *cada vez menos eficiente* que los demás gobiernos del mundo (rango percentil), sino que además recibe *cada vez peor nota* (las notas se dan en un rango de -2.5 a +2.5. En el gráfico se muestran multiplicadas por 100, para efectos visuales).

El Informe sobre Competitividad Global, elaborado por el Foro Económico Mundial durante el año 2009, se pronuncia en el mismo sentido. En él, Costa Rica se ubica en la posición número 55 en general, con aún mejores lugares en materia de probidad en la función pública: “desviación de fondos públicos”¹⁵⁵ (posición 44), “confianza pública en los políticos” (posición 34), “independencia judicial” (posición 28), “favoritismo en decisiones de los funcionarios del Gobierno” (posición 34)¹⁵⁶, “desperdicio en el gasto gubernamental” (posición 37)¹⁵⁷ y “transparencia en la elaboración de políticas públicas gubernamentales” (posición 48).

Sin embargo, el país cae a la posición 63 en “carga de la regulación gubernamental”. Y peor aún es la situación con las categorías “número de procedimientos requeridos para empezar un negocio” (posición 107) y “tiempo requerido para iniciar un negocio (posición 114)”¹⁵⁸¹⁵⁹. En todos los reportes de los últimos años, los individuos

¹⁵⁵ El primer lugar es el país en donde ocurre menor desviación de fondos públicos y el último en donde ocurre mayor.

¹⁵⁶ El primer lugar es el país en donde ocurre menos favoritismo, el último en donde ocurre más.

¹⁵⁷ El primer lugar es el país en donde ocurre menor desperdicio, el último en donde ocurre más.

¹⁵⁸ World Economic Forum 2007, p.121.

entrevistados califican la *“ineficiencia de la burocracia gubernamental”* como el factor más problemático para hacer negocios en Costa Rica. En el año 2009, 24,6% de los entrevistados respondieron de esta manera, una cifra cinco veces superior a quienes respondieron que el principal problema era *“delincuencia y robo”* o *“carga fiscal”*¹⁶⁰.

Muchas son las áreas en donde este entramamiento puede ser percibido. Una de las más notorias es la contratación administrativa.

i. Contratación administrativa

El Estado existe para brindar a la población una serie de servicios indispensables. Para hacerlo, depende en gran medida de su capacidad de contratar y tranzar con empresas públicas y privadas. Esa necesidad de contratación opera en dos sentidos. En el primero, el Estado necesita contratar los bienes y servicios que permiten su propio funcionamiento: desde alquiler de inmuebles para oficinas públicas hasta la compra de equipos de cómputo. Y en el segundo sentido, necesita contratar o subcontratar algunos de los servicios que brinda a la población, por ejemplo, la construcción de infraestructura o la compra de medicamentos.

Todas sus transacciones funcionan bajo el régimen establecido por la Ley de Contratación Administrativa, vigente desde el año 1995, el cual determina una serie de requisitos y procedimientos rigurosos que someten la contratación a un control previo y posterior de fiscalización superior, independientemente de su cuantía o de su margen de riesgo.

Esto es así en atención al mencionado artículo 184 de la Constitución Política, que en el párrafo segundo de su inciso primero, establece:

¹⁵⁹ Toma en promedio más de 60 días crear un negocio en Costa Rica, mientras el promedio de los países que integran la OCDE es de 13.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

“No se emitirá ninguna orden de pago contra los fondos del Estado, sino cuando el gasto respectivo haya sido visado por la Contraloría; ni constituirá obligación para el Estado la que no haya sido refrendada por ella”.

La Contraloría asume de esta manera la obligación de refrendar cualquier erogación –por más pequeña- a cargo de la Administración y ningún giro puede hacerse a nombre del Estado en el tanto ese refrendo no se halle en firme. Siendo que la Ley de Contratación Administrativa también instaura un complejo sistema de recursos y apelaciones, con jerarquía impropia¹⁶¹ para la Contraloría General de la República, supervisar los procesos de contratación se ha convertido en una de las tareas principales que lleva a cabo el ente contralor.

La más reciente Memoria Anual de la Contraloría señala que: *“En materia de contratación administrativa, por ejemplo, es frecuente que se mencione a este órgano contralor y al principio de licitación como las fuentes primarias de la parálisis administrativa. Curiosamente, también es posible encontrar criterios que rondan el otro extremo del universo de opiniones, que subrayan que la CGR es más bien omisa y poco agresiva en el ejercicio de sus funciones”*¹⁶².

Independientemente de si se opina que la Contraloría no ejerce suficiente control o si se piensa que ejerce demasiado, lo cierto es que los plazos para la contratación administrativa en Costa Rica exceden por mucho los de naciones desarrolladas y dificultan la capacidad de gestión de la Administración Pública. No todos esos plazos son atribuibles

¹⁶¹ Esto tiene serias implicaciones para la ejecución de presupuestos. Sobre el tema, señalan VALERIO y GARCÍA: *“En el caso de la contratación administrativa, en aquellos casos en que la Administración ha emitido un acto declaratorio de derechos (...) y posteriormente se detecte que dicho acto puede contener un vicio que implique una nulidad absoluta, la Administración estará obligada, previo a declarar la nulidad, a realizar el debido proceso que se encuentra regulado en el artículo 173 de la Ley General de la Administración Pública; esto en aquellos casos en que la nulidad es evidente y manifiesta; de lo contrario, deberá recurrir a la vía jurisdiccional e iniciar un proceso contencioso de lesividad para que esa nulidad sea declarada. Durante todo el periodo que transcurra entre el momento que se determina la posible existencia de la nulidad absoluta y la declaratoria de ésta en firme, la Administración estará obligada a mantener las provisiones presupuestarias que, en caso de que dicha nulidad no exista, le permitan continuar con la ejecución de la contratación y sufragar las obligaciones contraídas”* VALERIO AGUILAR y GARCÍA PANIAGUA 2008, p.280-281.

¹⁶² Contraloría General de la República 2009, p.19.

a la Contraloría, por el contrario, 10 de los 14 pasos del procedimiento están a cargo de la Administración activa y es ella quien define la extensión de cada etapa. Sin embargo, incluso los 4 plazos que la ley le otorga al ente contralor, son problemáticos: muy cortos para hacer una supervisión a fondo, en caso de que se trate de un asunto de extrema complejidad o tecnicidad, y muy extensos para permitirle a la Administración satisfacer con celeridad sus necesidades.

La Tabla 6 muestra los pasos de la contratación administrativa en el ordenamiento jurídico costarricense, el responsable y la duración aproximada:

Tabla 6. Pasos de la contratación administrativa, responsables y duración aproximada del procedimiento

Procedimiento	Responsable	Duración
Detección de la necesidad: contenido presupuestario y estimación del negocio	Administración	Fijada por la Administración
Autorización de la contratación, en caso de que la misma no esté contemplada en el presupuesto de la institución	CGR	10 días hábiles
Decisión administrativa de iniciar el procedimiento de compra: funcionario o unidad competente	Administración	Fijada por la Administración
Elaboración del cartel o pliego de requisitos	Administración	Fijada por la Administración
Publicación del cartel	Administración	Fijada por la Administración
Posible apelación del cartel	CGR	10 días hábiles
Apertura de oferta	Administración	Fijada por la Administración
Estudio de ofertas	Administración	Fijada por la Administración
Adjudicación o declaratoria de desierta	Administración	Fijada por la Administración
Publicación de la adjudicación	Administración	Fijada por la Administración
Posibilidad de apelación de la adjudicación	CGR	40 días hábiles
Formalización del contrato	Administración	Fijada por la Administración
Refrendo del contrato	CGR	30 días hábiles
Ejecución del contrato	Administración	Fijada por la Administración

Sólo los plazos que la ley le otorga a la Contraloría suman 90 días hábiles, aproximadamente 126 días calendario¹⁶³, más de 4 meses. Incluso si se estableciera un plazo de 20 días hábiles en promedio para las actuaciones de la Administración (excesivamente corto para cumplir con todos los requisitos), eso significaría ya de por sí un mínimo de 290 días hábiles, aproximadamente 406 días calendario, o 13,5 meses.

El promedio de duración del proceso de licitación pública en Costa Rica es de 18 meses en la actualidad¹⁶⁴ (Corea del Sur tarda 22 días), lo cual implica grandes costos para la Administración y para los particulares: actualmente una empresa debe invertir, en promedio, un millón de colones tan sólo para participar como oferente en una licitación, lo cual prácticamente excluye a las micro empresas¹⁶⁵. Un reciente estudio del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, demostró que la ineficiencia en las compras del Estado le cuesta al Gobierno de Costa Rica entre \$300 y \$460 millones anuales¹⁶⁶.

Los pasos reseñados en la Tabla 6 constituyen las grandes etapas del proceso, pero cada una de ellas está regida por su propio y delicado procedimiento. Como se indicó con anterioridad, los contratos relacionados con el caso CAJA-FISCHEL atravesaron al menos 90 pasos de procedimientos antes de ser refrendados por la Contraloría.

El principio de licitación y la contratación directa

No sólo existe una obligación constitucional de la Contraloría de visar todos los contratos de la Administración, sino que la Constitución Política determinó, además, la forma que esos contratos debían adoptar. Conforme con el artículo 182 de la Carta

¹⁶³ La relación de días hábiles a días no hábiles es de 2,5:1

¹⁶⁴ Periódico La Nación, 30 de marzo de 2009.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Periódico La Nación, 8 de julio de 2009.

Magna, *“los contratos para la ejecución de obras públicas que celebren los poderes del Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas, las compras que se hagan con fondos de estas entidades y las ventas o arrendamientos de bienes pertenecientes a las mismas, se harán mediante licitación, de acuerdo con la ley en cuanto al monto respectivo”*. Esta norma, original de la Constitución de 1949, establece lo que se conoce como el *principio de licitación*.

La Sala Constitucional indicó, en Resolución No. 998-98 del 16 de febrero de 1998, que por licitación debe entenderse *“el mecanismo, modalidad, medio o conjunto de principios a los que debe sujetarse el Estado, en el sentido más amplio, para poder realizar su actividad de contratación por cuanto en ella se dan cumplimiento los principios constitucionales que informan la contratación administrativa”*. Este voto ordenó a la Contraloría General de la República a reasumir el refrendo para todos los contratos y para toda la Administración Pública.

El mismo voto establece que del numeral 182 de la Constitución Política, se deriva una serie de principios informantes de la contratación administrativa, cuya violación puede ser objeto de recurso de amparo ante la Sala Constitucional, por derivar directamente de la Carta Magna¹⁶⁷. Con esto, la resolución abrió la puerta para que los oferentes hagan de la Sala Constitucional una instancia más en el procedimiento de apelaciones que ya de por sí abruma a la Contraloría General de la República.

El alambicado proceso de licitación explica en gran medida la migración de la contratación administrativa hacia las compras directas. Señala el Programa Estado de la Nación que *“las instituciones públicas están recurriendo cada vez más a las compras directas de bienes y servicios, pese a que esa misma entidad (la Contraloría General de la República) ha hecho hincapié en que ese tipo de contratación sólo debe usarse como un mecanismo de excepción en la Administración Pública”*¹⁶⁸.

¹⁶⁷ Ver VOLIO CORDERO 2004, p.23.

¹⁶⁸ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2005, p.303.

La Tabla 7 resume el porcentaje del presupuesto de compra que se destina a la contratación directa, según sector institucional. El 6% de las compras del Estado se realizan actualmente a través de este mecanismo de excepción, reservado para montos inferiores a determinados límites fijados por ley.

Tabla 7. Contratación directa como porcentaje del presupuesto de compra 2008, según sector institucional. En millones de colones

Sector	Presupuesto de compras	Contratación directa	MONTO %
Sector Administración Financiera de la República	24.454	3.185	13%
Sector Económicos para el Desarrollo	3.005.145	153.795	5%
Sector Municipal	78.781	14.906	19%
Sector Obra Pública	196.411	6.951	4%
Sector Públicos Generales	160.505	19.702	12%
Sector Social	230.427	16.042	7%
TOTAL GENERAL	3.695.723	214.581	6%

Fuente: Contraloría General de la República 2009, p.352.

El peso que la contratación directa tiene sobre el presupuesto de compras puede parecer bajo, pero representa una inmensa cantidad de los contratos sometidos a conocimiento de la Contraloría General de la República. De los 77.557 procesos que la Administración Pública costarricense inició en el año 2008, el 60% correspondió a procedimientos de contratación directa, 18% a licitaciones públicas nacionales, 11% a licitaciones públicas abreviadas y 8% a licitaciones internacionales¹⁶⁹.

Esto lo que demuestra es que la Contraloría debe dedicar atención a decenas de miles de procesos de poca trascendencia, que no sólo distraen su atención de proyectos que pueden requerir mayor escrutinio (particularmente proyectos con alto riesgo o

¹⁶⁹ Contraloría General de la República 2009, p.350.

montos muy elevados), sino que su conocimiento retrasa la ejecución de contratos que son necesitados por parte de la Administración.

A manera de conclusión de este subíndice, deben considerarse las siguientes palabras contenidas en la Memoria Anual de la Contraloría General de la República: *“Ha llegado el momento de hacer una valoración profunda acerca de la pertinencia de esta figura de control previo, para definir si debe llegarse a una reforma del artículo 184 de la Constitución Política. En nuestro criterio, el refrendo actual no reviste un alcance que justifique su existencia, distrae el ámbito de responsabilidad de la Administración y compromete la acción de fiscalización posterior por parte de la CGR. Se trata de un mecanismo de control más propio de los sistemas de control interno a cargo de la propia Administración, que el Constituyente elevó a nivel de la Carta Fundamental en el contexto de la primera mitad del siglo pasado, cuyas condiciones y características son muy diferentes a las actuales. Si se estima necesaria la participación previa de la CGR en algún tipo de negocios estratégicos, debiera ser en una fase inicial del procedimiento de contratación administrativa”*¹⁷⁰.

2.2. El recurso humano

Uno de los costos que el control de la corrupción y el gasto ha tenido sobre la política pública costarricense, es su impacto en la capacidad de la Administración de reclutar y conservar a los mejores profesionales.

El servicio civil es una manifestación de etapas incipientes de la lucha contra la corrupción¹⁷¹, cuya intención original perseguía dos tipos de objetivos: brindar

¹⁷⁰ Contraloría General de la República 2009, p.28-29.

¹⁷¹ Prueba de ello es que el mismo Capítulo que contiene las normas del servicio civil, incluye también la obligación del Presidente de la República, sus Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos de declarar sus bienes.

continuidad al servicio público y combatir el clientelismo y los intereses partidarios en la asignación de puestos públicos (o en la remoción de funcionarios).

El servicio civil costarricense, recogido en los artículos 191, 192 y 193 de la Constitución Política de 1949, exige que los funcionarios sean nombrados “a base de idoneidad comprobada” y establece que sólo podrán ser removidos “por las causales de despido justificado que exprese la legislación de trabajo”. A pesar de haber constituido una conquista histórica en términos laborales, y haber brindado estabilidad y continuidad a la Administración Pública durante décadas, ha experimentado pocas modificaciones desde su instauración y enfrenta inmensos desafíos en la actualidad.

Resulta evidente que el actual Estatuto del Servicio Civil, Ley No. 1581 del 30 de mayo de 1953, ha quedado desfasado de las nuevas exigencias de la función pública. La aplicación rígida de la normativa actual, ha generado un sistema que privilegia la antigüedad por sobre la aptitud, cuyas evaluaciones no generan ninguna consecuencia para el funcionario, y en el que es muy difícil remover a un empleado por razones de su desempeño.

La creación de una burocracia estatal es un hecho virtuoso en la medida en que esa burocracia reciba incentivos para mejorar su servicio. En Costa Rica, la inmensa cantidad de sanciones a las que se exponen los funcionarios públicos por acciones en el ejercicio de su cargo, y la maraña de prohibiciones de las que son sujeto, aunadas a un sistema carente de incentivos, tanto económicos como profesionales, han propiciado el mantenimiento de una burocracia ineficaz, que recibe malas calificaciones conforme con estándares internacionales (según se vio a inicios de este capítulo).

El ordenamiento jurídico costarricense envía a los funcionarios públicos, en muchas ocasiones, el mensaje de que la iniciativa les generará consecuencias adversas, mientras la inercia no les generará ningún perjuicio. En palabras de Javier CHAVES, ex Ministro de Obras Públicas y Transportes, en Costa Rica hace falta la doctrina de “el

*garrote y la zanahoria*¹⁷². Esto es, no sólo las sanciones, sino también los beneficios para el funcionario que ejecuta bien su trabajo.

La ausencia de incentivos se traduce, sobre todo, en la automaticidad de los aumentos salariales. Sobre el particular, señala el Informe Centroamericano de Gobernabilidad Jurídica e Institucional 2007 para Costa Rica: *“todos los empleados aprueban la evaluación, reciben sus incrementos anuales en forma automática y se privilegia la antigüedad sobre la capacidad y preparación académica. Se trata de un típico caso de divorcio absoluto entre la normativa y su eficacia”*¹⁷³.

Estos problemas se reproducen en los demás regímenes de empleo de la Administración Pública, la gran mayoría de ellos regulados por convenciones colectivas que otorgan aún más inamovilidad a los funcionarios públicos. VARGAS CULLEL apunta sobre la inamovilidad en el régimen de servicio civil que: *“un indicador (de la estabilidad) es el bajo nivel de despidos que aprueba el Tribunal del Servicio Civil vis-a-vis el total de empleados bajo este régimen, que representó un 0,04% del volumen de empleados laborando en los ministerios que forman al Poder Ejecutivo”*¹⁷⁴.

Junto con esta ausencia de incentivos para el buen desempeño, se deben considerar los desincentivos que significan el creciente régimen sancionatorio al que se exponen los funcionarios y las obligaciones que imponen las normas relativas a los conflictos de interés (no sólo el deber de rendir declaración jurada sino también la obligación de renunciar a puestos directivos en sociedades anónimas, por ejemplo)¹⁷⁵. Si a esto se adiciona el combate a la corrupción como herramienta política (analizada en el

¹⁷² URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda “La pertinencia de los controles previos”, 2009.

¹⁷³ Observatorio de la Democracia en Centroamérica 2007, p.121.

¹⁷⁴ VARGAS CULLEL 2007.

¹⁷⁵ Con normas preventivas de conflicto de intereses como las de este tipo, empieza a configurarse una visión conforme con la cual el ejercicio de la actividad privada se vuelve incompatible con la función pública. Ya no se trata sólo de una prohibición para el ejercicio liberal de la profesión, sino crecientemente se trata de una prohibición de tener participación privada en general. Esto plantea serios desafíos en términos de reclutamiento de personal capacitado.

capítulo anterior), se obtiene un escenario que resulta poco atractivo para quien quiera dedicarse a la función pública.

Un artículo publicado en el mes de octubre de 2009 por el Presidente de la República, Dr. Óscar Arias Sánchez, resumía de la siguiente manera la dificultad para reclutar personal en las circunstancias actuales:

“¿Quién, en su sano juicio, va a querer participar en la política en estos términos? Les estamos pidiendo que se integren al Gobierno a profesionales que fuera de la función pública ganan 4 ó 5 veces más lo que van a ganar como Ministros o Diputados; que fuera de la función pública no tienen que estar disponibles 24 horas al día, los 7 días de la semana; que fuera de la función pública no están sometidos al cuestionamiento permanente de los medios de comunicación, que no respetan ni su vida privada; que fuera de la función pública no se exponen a ninguna equivocación que les amerite un linchamiento político; que fuera de la función pública no someten a su familia a la posibilidad del escarnio; que fuera de la función pública no cargan con el estigma de formar parte de una clase política que algunos presumen corrupta y vagabunda, aunque sea honesta y trabaje más que todos.

Nadie que valga la pena va a querer entrar a esta ruleta rusa, en donde existe una permanente expectativa por ver quién será el próximo en la lista, cuál será la siguiente carrera política que se irá a pique en el abismo del irrespeto a la dignidad ajena.

Hemos convertido el servicio público en una ordalía. Hay un desequilibrio total entre las recompensas y los sacrificios implícitos en la función”¹⁷⁶.

El efecto del combate político con apelación a la ética se evidencia con particular agudeza en los nombramientos de altos funcionarios a cargo de la Asamblea Legislativa. El reciente nombramiento de un Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema

¹⁷⁶ Periódico La Nación, 28 de octubre de 2009.

de Justicia (un proceso que tardó poco menos de un año)¹⁷⁷ y el nombramiento de la actual Defensora de los Habitantes, Ofelia Taitelbaum, hicieron patente un proceso en donde la discusión sobre la idoneidad de los funcionarios se ve influenciada por acusaciones y contraacusaciones relacionadas con la ética de los partidos, del Gobierno y de los candidatos. Esto afecta el funcionamiento de la Asamblea Legislativa, que desvía la atención de proyectos legislativos para engancharse en discusiones de poca trascendencia, y sobre todo afecta el funcionamiento de los despachos que necesitan este personal. La Sala Constitucional estuvo a punto de colapsar a finales del año 2009, por la tardanza legislativa en el nombramiento de Magistrados titulares y suplentes.

Finalmente, y como última implicación que el control de la corrupción puede tener sobre el recurso humano disponible para la Administración Pública, se debe incluir la dificultad para contratar consultores que trabajen medio tiempo o durante un corto periodo al servicio de la Administración¹⁷⁸. En vista de que se trata de personas no incorporadas al servicio público, y para las que el ejercicio privado de su profesión podría plantear conflictos de interés, ha surgido una serie de cuestionamientos relacionados con la discrecionalidad de la Administración para contratar y pagar estas consultorías, en particular cuando lo hace con fondos que no han sido incorporados al Presupuesto Nacional¹⁷⁹. La serie de publicaciones noticiosas sobre las llamadas "consultorías del BCIE"¹⁸⁰ que el Gobierno actual pagó a través de una donación del Banco Centroamericano de Integración Económica, propiciaron un ambiente hostil para la contratación de consultorías de cualquier tipo por parte de la Administración.

¹⁷⁷ En particular ver el caso de Nancy Hernández, candidata con la mayor cantidad de votos al inicio del proceso de votación. Destaca el artículo titulado "¿La candidata del Gobierno?" publicado en el periódico La Nación el 20 de noviembre de 2009.

¹⁷⁸ MACKENZIE también menciona esto como un rasgo de la era post-Watergate.

¹⁷⁹ La posibilidad de incorporarlos al Presupuesto Nacional, sin embargo, se ve sujeta a un control político que hace muy difícil que las partidas correspondientes a consultorías sean aprobadas por el Plenario Legislativo.

¹⁸⁰ Ver periódico La Nación del 3 de julio de 2008, 11 de agosto de 2008, 22 de septiembre de 2009, entre otros.

A manera de ejemplo: durante un ejercicio de asociación de palabras realizado en una entrevista periodística, en mayo de 2009, el candidato presidencial, Ottón Solís Fallas, asoció la palabra “consultorías” directamente con el término “corrupción”¹⁸¹.

De esta manera, se incurre en el error de juzgar un mecanismo (las consultorías) con base en una aplicación cuestionable de ese mecanismo (las consultorías del BCIE). Este tipo de visión plantea para la Administración un desafío. Es evidente que algunos de los mejores expertos nacionales en materias de interés público no laboran –ni desean laborar- para el Gobierno. Sin embargo, el Gobierno puede aprovecharse de su experiencia y conocimientos a través de figuras como los contratos por servicios profesionales. En la medida en que esos contratos sean vistos con suspicacia por parte de la oposición o de la ciudadanía, la Administración pierde un activo considerable.

2.3. Erosión del sistema político

El último costo no económico del control de la corrupción que se analizará en el presente capítulo es el costo político, probablemente el más difícil de demostrar empíricamente, pero no por eso el menos importante. MACKENZIE señala tres costos políticos ocultos¹⁸² de la regulación ética, que en cierta medida ya han sido mencionados en esta investigación: el desarrollo de una cultura investigativa, el empleo de la lucha contra la corrupción como un arma de combate político y la limitación de los poderes presidenciales¹⁸³.

Sobre la cultura investigativa, valga recordar la inmensa cantidad de actores institucionales con deberes y atribuciones de investigación que la legislación anticorrupción ha incorporado al escenario político-jurídico costarricense. Un único hecho

¹⁸¹ Periódico La Nación, 28 de mayo de 2009.

¹⁸² Según se desprende del contexto, se trata más bien de “costos no intencionales”.

¹⁸³ MACKENZIE 2002, p.141-148.

de un solo funcionario puede generar, al mismo tiempo, una decena de investigaciones con resultados distintos.

Sobre el segundo costo, la lucha contra la corrupción como un arma de combate político, se debe recordar que la preeminencia que este tema ha adquirido en la opinión pública y en el debate político costarricense durante las dos últimas décadas, ha significado un imperativo claro para los partidos políticos, los candidatos a puestos públicos y en general cualquier figura de relevancia política: se trata de demostrar fallas en la integridad del contrincante.

Se instaura así un juego de revanchas políticas que adhiere poco al debate de ideas y dificulta la discusión de las cuestiones más relevantes en materia de reforma del Estado. Si quienes ocupan el poder abogan por cambiar o reducir los controles, se les acusa de tener motivos ocultos para promover tal reforma, y de esta manera se agota cualquier discusión de fondo sobre los cambios que necesita el país.

Lo que es más, en muchos sentidos, la oposición política se ha convertido en un permanente tribunal de ética, con el consecuente deterioro del debate en las comisiones legislativas y el plenario legislativo. El Congreso, los medios de comunicación, todo contribuye a crear un ambiente de “perenne campaña política”.

Así lo describe MACKENZIE: *“hubo una época en que ganar las elecciones usualmente significaba que un partido tenía algunos años para ejercer el Gobierno sin interferencia constante e interrupciones por otros partidos; cuando la oposición leal implicaba hacer preguntas difíciles y desafiar asunciones y direcciones políticas, pero no más que eso; cuando la mayoría del combate partidario tenía lugar en el proceso electoral.*

Pero ya no. (Ahora) El combate partidario nunca acaba. Las elecciones son apenas un punto de referencia en medio de luchas sin parar entre los partidos políticos para tener control del proceso de diseñar políticas. El nuevo lema parece ser: si usted no puede vencer

*a su oponente en las elecciones, golpéelo luego de las elecciones*¹⁸⁴. Y nunca ha habido mejores armas 'para golpear a sus oponentes' que aquellas que provee la regulación ética¹⁸⁵.

Uno de los objetos predilectos de ese combate es la Presidencia de la República, a la que se le achaca cualquier escándalo de corrupción o hecho irregular ocurrido en la Administración Central –e incluso fuera de ella- durante el mandato presidencial.

En lugar de contestar preguntas sobre los principales proyectos del país, la situación nacional e internacional o los programas gubernamentales, el Gobierno debe contestar a preguntas como “¿respaldará el Presidente a tal funcionario público o le pedirá su renuncia?” “¿Qué opina el Presidente de los hechos revelados por tal medio de comunicación en tal institución pública?” “¿Conoce el Presidente de la denuncia presentada en su contra por tal Diputado?”.

Se posponen de esta manera algunas de las más polémicas y las más difíciles, discusiones públicas en torno a la reforma del Estado. Tal parece que *“La ética regulada por ley se convirtió en un sustituto rentable para la reforma (...) en el manejo de las instituciones públicas”*¹⁸⁶.

La ausencia de esa discusión ha significado que la reforma del Estado costarricense durante los últimos 20 años haya sido una reforma hacia un Estado de control. Iniciando con la creación de la Sala Constitucional en 1989, y con la acumulación de cada vez más vigilancia, el ordenamiento ha experimentado una transformación profunda del mapa de poder: ¿qué es eso sino una reforma política? Una reforma no intencionada, no planificada, no sistemática, pero reforma al fin.

¹⁸⁴ “If you cannot beat your opponent in an election, beat up on your opponent after the election”, p.144.

¹⁸⁵ MACKENZIE 2002, p.144.

¹⁸⁶ ROBERTS y DOSS 1997, p.13.

5. Conclusión

Quienes argumentan que la corrupción debe ser perseguida a toda costa, implícitamente afirman que la corrupción es la única –o cuando menos la principal- tarea que la Administración debe perseguir (puede ser porque crean que la corrupción obstaculiza la ejecución de las demás tareas).

Sin embargo, es obvio que ni la persecución de la corrupción ni ninguna otra labor del Estado puede ser realizada a toda costa: las demandas de los individuos son múltiples y variadas, y merecen por igual la atención pública. Considerando que los recursos son limitados (y que siempre van a ser limitados) un Estado que escoja dedicar recursos a la lucha contra la corrupción, forzosamente deja de dedicar esos recursos a otras de sus tareas esenciales.

Esto ocurre así con cualquier función estatal. Dedicar atención a la necesidad pública (a) significa un costo de oportunidad en términos de la necesidad pública (b), esto es, un sacrificio de los recursos que pueden dedicarse a otros asuntos igualmente urgentes y legítimos. Es por esto que el costo de la lucha contra la corrupción importa, no en términos ideológicos, sino en términos pragmáticos: no se trata sólo de determinar cuánto se ha hecho por luchar contra la corrupción, sino también cuánto se ha dejado de hacer por ello.

Medir los costos de la corrupción es una labor compleja, en particular cuando algunos de esos costos no pueden ser cuantificados. Los que sí pueden estimarse, los costos económicos de la corrupción, se dividen en dos categorías: los recursos que se invierten en combatir la corrupción y los recursos que se dejan de invertir o de ejecutar por esa misma tarea.

En cuanto a la primera categoría, el peso de la lucha contra la corrupción en el Presupuesto de la República es considerablemente bajo (no alcanza el 1% del Presupuesto Nacional). El personal de la Contraloría General de la República, por ejemplo, es incluso menor hoy que lo que era hace una década.

Donde más se percibe el costo económico de la corrupción es en la segunda categoría, en la de recursos dejados de percibir o dejados de ejecutar. Una de las principales causas de la subejecución presupuestaria en Costa Rica, que en el año 2008 alcanzó el 10% del Presupuesto Nacional, es la acumulación de controles que han complicado inmensamente la capacidad de las instituciones, particularmente de las instituciones pequeñas y de los gobiernos locales, de emitir los pagos que han presupuestado.

Esto afecta sensiblemente la capacidad del Estado de atender las demandas ciudadanas, como se evidencia en el primero de los costos no económicos que lleva aparejado el control: la pérdida de eficiencia y efectividad por parte de la Administración Pública.

El Estado costarricense es hoy un Estado entrabado, incapaz de brindar respuesta cabal a las urgentes necesidades de una población cuya frustración puede ser igual o más dañina que la percepción de corrupción. El descenso paulatino en medidores globales sobre la calidad de la burocracia estatal, así como la excesiva duración de procesos esenciales para el funcionamiento de la Administración, como es la contratación administrativa, hacen que deba sustituirse el sistema actual por uno que permita un mayor manejo del riesgo y traslade los controles a áreas estratégicas y de alto impacto.

Otro de los factores que contribuye a la baja calidad de la burocracia costarricense es la baja calidad de su recurso humano, una condición que no es el producto de debilidades intrínsecas de los funcionarios, sino de la dinámica de incentivos y desincentivos a la que diariamente se enfrentan. El sistema actual privilegia la inercia y condena la iniciativa, y en buena medida ha caído en lo que algunos autores llaman *codificar la mediocridad*¹⁸⁷. En las circunstancias actuales es difícil disponer de los mejores

¹⁸⁷ En este sentido, MACKENZIE 2002.

profesionales en la Administración Pública, en parte porque se interpreta que es más ético el funcionario que dice “no” a todo, que el funcionario que dice “sí”¹⁸⁸.

Quizás el daño mayor que ha experimentado el país como consecuencia del frenesí controlador, sea el deterioro de su cultura política, que ha pasado de una cultura propositiva a una cultura defensiva, de una cultura de cuestionamiento intelectual a una cultura de cuestionamiento moral. El interés de cada grupo político de avanzar en su propia agenda a partir de atacar la integridad ajena, a menudo convierte el debate nacional en una tribuna de acusaciones infundadas en lugar de un ágora para el intercambio de ideas. Como consecuencia, la única reforma que ha sido posible en los últimos años ha sido, precisamente, la reforma hacia un Estado de control, hacia un Estado basado en la desconfianza, en donde múltiples actores –que no ejecutan políticas– guardan poder de veto y se constituyen como el árbitro final de las discusiones nacionales.

¹⁸⁸ En este sentido se expresaba Javier CHAVES, durante URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda “La pertinencia de los controles previos”, 2009.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS DE LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN EN COSTA RICA

La medición de los costos del control de la corrupción debe ir aparejada de una estimación de los resultados que ha rendido, de forma tal que se pueda contrarrestar si existe una relación positiva para la Administración entre las dos variables: si los costos exceden los resultados, debe considerarse un cambio en la estrategia.

La estimación de los resultados, sin embargo, es una tarea que enfrenta todo tipo de complicaciones, la primera de las cuales es definir qué se entenderá por corrupción¹⁸⁹. Incluso existiendo consenso en torno al concepto, es muy difícil medir fidedignamente la corrupción que ocurre, precisamente por el hecho de ser oculta. Y en segunda instancia, es muy difícil medir la corrupción que se evita, por el principio fundamental de la lógica y el Derecho de que no se puede demostrar lo que no existe.

La corrupción que ocurre se mide habitualmente a partir de ciertos estándares internacionales basados en la percepción. Asimismo, se han desarrollado una serie de sondeos que miden el nivel de victimización de la población en delitos contra los deberes en la función pública. Finalmente, se dispone también de las estadísticas administrativas y judiciales sobre las denuncias presentadas en materia de corrupción y ética en la función pública, así como sobre las condenas y sanciones en estas materias.

La corrupción que se evita, en cambio, es mucho más difícil de determinar. No existe más alternativa que comparar la incidencia de casos denunciados antes y después de determinadas reformas. Sin embargo, debe tomarse en consideración que un aumento en las denuncias no necesariamente implica un aumento de la corrupción: puede ser que haya más quebrantamiento de las leyes precisamente porque hay más leyes que irrespetar, o porque hay un acceso más amplio a la administración de justicia.

¹⁸⁹ Ver Capítulo I de la presente investigación.

1. La corrupción que ocurre

Medir los resultados de la lucha contra la corrupción depende de la capacidad de medir la corrupción misma. Esto no es tarea sencilla, por tratarse de una actividad clandestina, en donde la víctima no siempre está consciente de su lesión (o incluso contribuye a crearla, como en el caso del soborno). Como se mencionó con anterioridad, existen tres grupos generales de datos: los que miden la percepción, los que miden la victimización y los que miden los resultados de investigaciones en materia de deberes de la función pública.

1.1. Percepción

Los estándares internacionales más utilizados en la materia son estándares de *percepción*, que no necesariamente guardan un correlato con el grado de victimización o con la cantidad de denuncias en la materia.

Ahora bien, no por eso debe despreciarse la medición de la percepción. Se deben recordar los postulados sociológicos del Teorema de Thomas, conforme con el cual *“si los individuos definen las situaciones como reales, son reales en sus consecuencias”*. El frenesí controlador que ha protagonizado Costa Rica, y buena parte de Latinoamérica, durante las últimas décadas, es la consecuencia de una percepción (aunque esa percepción no sea un reflejo fiel de la realidad). Es por eso que, aunque se comprenden las serias limitaciones metodológicas de estudios como el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC), elaborado

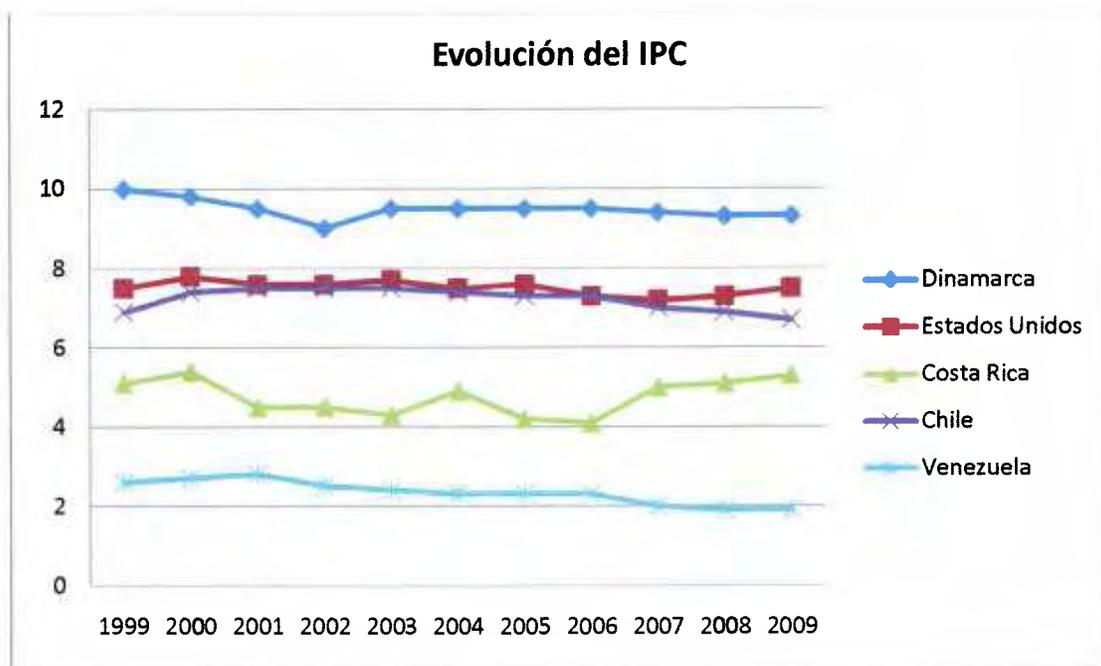
por Transparencia Internacional¹⁹⁰, se entiende su importancia en términos de las consecuencias que esa percepción genera.

Si un país es evaluado pobremente en este estudio, sin duda el más difundido a nivel internacional, probablemente recibirá una menor cantidad de inversión extranjera, una mala calificación como sujeto de crédito internacional, y sus líderes y representantes políticos se sentirán presionados a promover más reformas para solucionar el problema de la corrupción. De hecho, cada vez que el IPC se publica, genera en los diversos países una ola de comentarios y propuestas que no puede pasar desapercibida. Tanto como los niveles de victimización o las denuncias, los medidores de percepción interesan a un análisis de las consecuencias de la lucha contra la corrupción.

El Gráfico 5 muestra la evolución del IPC de algunos de los países con mejor calificación, con calificación media y con pésima calificación a nivel internacional. Costa Rica, como puede observarse, se ubica en una posición intermedia y muestra el comportamiento más errático del grupo.

¹⁹⁰ *“El IPC recopila información de fuentes y entrevistas realizadas en los tres años anteriores a su cálculo. Se consulta a expertos no residentes en el país de que se trate, por ejemplo agencias evaluadores de riesgos de las naciones desarrolladas y en desarrollo, y también a expertos y empresarios nacionales individuales”*. Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2005, p.322.

Gráfico 5. Evolución del IPC, 1999-2009



Fuente: elaboración propia con base en Transparency International 1999-2009.

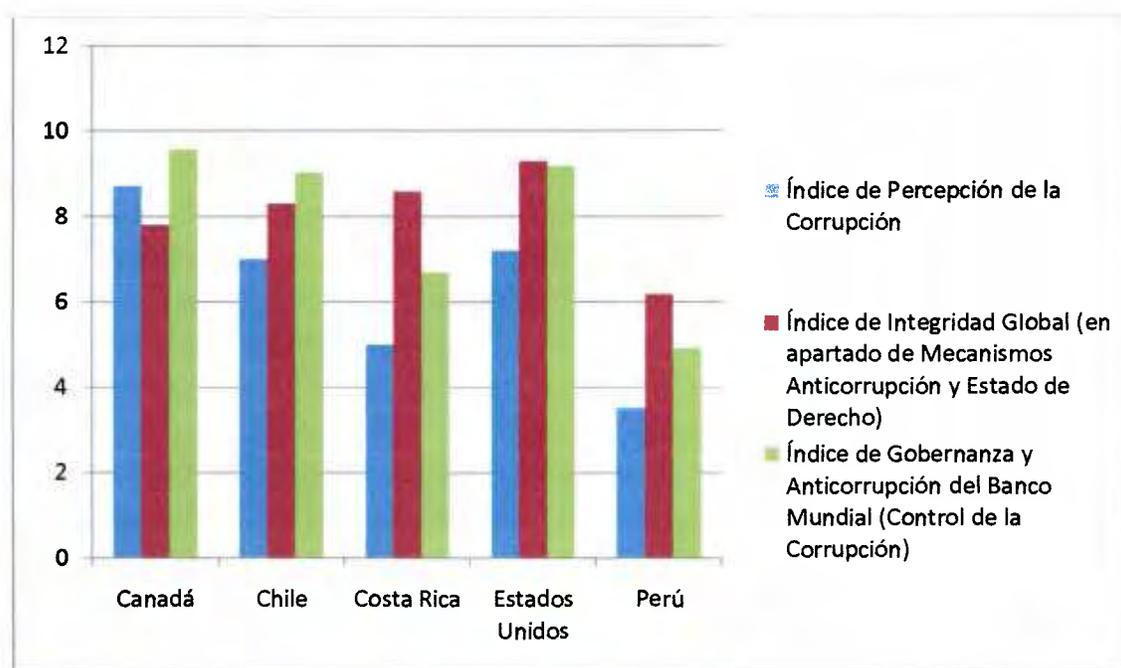
El gráfico anterior contiene las calificaciones obtenidas por los países, no los rankings que ocupan. Lo anterior por cuanto la ubicación en esos rankings tiende a ser algo arbitraria. Camerún, Ecuador, Kenia, Rusia, Sierra Leona, Timor del Este, Ucrania y Zimbabue, por ejemplo, obtuvieron en el 2009 una nota de 2.2 en el índice. Nada explica el hecho de que Zimbabue se encuentre seis puestos más abajo que Ecuador en el ranking.

Otras instituciones, como Integridad Global y el Banco Mundial, elaboran también índices basados en encuestas nacionales e internacionales, pero evaluando la respuesta institucional al problema de la corrupción (son también índices de percepción, pero ya no sobre la corrupción que ocurre sino sobre la capacidad del Estado de controlarla). Respectivamente, estas instituciones elaboran el Índice de Integridad Global y los

indicadores de Gobernanza y Anticorrupción¹⁹¹, cuyo componente de “eficacia del Gobierno” fue analizado en el capítulo anterior.

El Gráfico 6 muestra la relación entre los diversos índices (para efectos visuales, el IIG y el IGBM se dividieron entre 10, con el fin de ubicarlos en una escala de 1-10, similar a la del IPC).

Gráfico 6. Relación entre IPC, IIG, IGBM, 2007



Fuente: elaboración propia con base en Transparency International 2007, KRAAY, KAUFMANN y MASTRUZZI 2007 y Global Integrity 2007

Como puede observarse, no sólo hay diferencias entre el IPC y los medidores de respuesta institucional. También hay diferencias entre estos últimos. En el caso de Costa Rica, por ejemplo, hay una brecha de casi 20 puntos entre los indicadores del Banco

¹⁹¹ Los indicadores también recogen percepciones, pues se elaboran combinando la opinión de un gran número de empresarios, ciudadanos y expertos en un sondeo en países industrializados y en vías de desarrollo.

Mundial y los de Integridad Global. En general, estos índices son útiles para clasificar a los países en categorías muy amplias, pero no parecen ser confiables para otorgar datos precisos.

Sobre el particular, señala KAUFMANN que: *“el grado de confiabilidad de índices agregados (aún cuando se construyan con rigor) no justifica presentar rankings y estimados transnacionales que proyecten una falsa imagen de precisión. No obstante, la metodología para calcular el grado de precisión de los estimadores sí podría permitir clasificar a los países en forma más gruesa en tres categorías en relación con la corrupción endémica: situación de “emergencia”, “vulnerable” (o “alto riesgo”) y “fuera de riesgo”¹⁹².*

Sea que se empleen estos términos u otros, Costa Rica es evaluada en una posición intermedia entre los países de mejor desempeño (las naciones escandinavas, los ‘Tigres Asiáticos’, Estados Unidos y Canadá), y los países de peor desempeño (países africanos, árabes y latinoamericanos). Sin embargo, las encuestas de opinión a nivel nacional en los países centroamericanos, reflejan una percepción del problema que es mucho más elevada que la que demuestran los índices internacionales.

“De acuerdo con los estudios de opinión pública, las personas perciben que la corrupción está mucho o bastante más extendida que lo que reportan las mediciones internacionales. Según el Latinobarómetro, con excepción de Chile, en todas las naciones latinoamericanas más del 80% de los entrevistados cree que el problema está presente en todo el sector público. El Barómetro de las Américas del 2006 obtuvo porcentajes similares, que van desde 97% en Costa Rica¹⁹³ hasta 69% en El Salvador”¹⁹⁴.

Puede concluirse de los datos mencionados que el control de la corrupción en Costa Rica no ha tenido mayor incidencia sobre la percepción de corrupción en el país. En el IPC, no se aprecia ningún cambio sensible durante la última década, en que se han

¹⁹² KAUFMANN 2000, p.370.

¹⁹³ Al igual que ocurre con el problema de la inseguridad en general, Costa Rica cuenta con los índices más altos de percepción de corrupción en América Latina, aunque su victimización sea de las más bajas.

¹⁹⁴ Programa Estado de la Nación 2008, p.327.

promulgado algunos de los instrumentos anticorrupción más emblemáticos (Gráfico 5). Como ejemplo, se puede observar que la calificación de Costa Rica en el IPC en el año 2009, es incluso inferior a la obtenida en el año 2000.

1.2. Victimización

La lucha contra la corrupción se puede evaluar por los cambios en la percepción de la corrupción, pero también por los cambios en la victimización (el control de la corrupción exitoso debería al mismo tiempo reducir la percepción de corrupción y el número de personas que dicen conocer de delitos contra los deberes de la función pública¹⁹⁵). La Tabla 8 presenta los resultados obtenidos al preguntarle a los centroamericanos: “¿Ha sabido usted, o algún familiar, de algún acto de corrupción en los últimos 12 meses?”. Se reseñan aquí únicamente las respuestas afirmativas.

¹⁹⁵ Lo ideal para medir la victimización es evaluar el número de personas que han sido víctimas de la corrupción, no que han conocido de delitos. Sin embargo, tanto el Programa Estado de la Nación como el Latinobarómetro aceptan como parámetro de victimización la primera pregunta. El Barómetro de las Américas, en cambio, sí consulta sobre si las personas han sido víctimas. No obstante lo anterior, ambos estudios rinden resultados similares en América Latina en general, aunque disímiles en el caso de Costa Rica.

Tabla 8. Victimización en los últimos doce meses, 2001-2007

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Promedio
Costa Rica	18	24	17	28	21	16	23	21
El Salvador	19	16	20	14	9	12	12	14,6
Guatemala	16	31	10	23	12	19	10	17,3
Honduras	24	23	16	16	8	10	9	15,1
Nicaragua	17	41	18	21	16	13	10	19,4
Panamá	21	23	18	15	8	6	6	13,9

Fuente: Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2008, p.328.

El hecho de que Costa Rica encabece esta tabla puede significar una mayor incidencia del fenómeno de la corrupción, o puede ser el producto de otras limitaciones en los demás países. Al respecto, señala el Programa Estado de la Nación: *“Los datos sobre incidencia deben interpretarse con ciertas precauciones. En el caso de Centroamérica, la relativamente baja victimización está medida por las debilidades institucionales del Estado: vastos grupos de la población no tienen acceso a los servicios públicos, debido a su pobreza y a la escasa presencia territorial de las instituciones públicas en amplias zonas del istmo; por lo tanto, no son víctimas de la corrupción”*¹⁹⁶.

El porcentaje de personas que responden afirmativamente a la pregunta de si han conocido de delitos de corrupción coincide en general con el porcentaje de personas que dicen haber sido víctimas de dichos delitos, según han sido medidos por el Barómetro de las Américas. Dicho informe muestra porcentajes de victimización bajos o intermedios (entre 11,3% y 19,3%) para la región centroamericana, lo cual ubica a los países del istmo entre las naciones con menor incidencia de la corrupción en América Latina. Con todo, los

¹⁹⁶ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2008, p.328.

porcentajes centroamericanos son alrededor de seis veces superiores a la victimización reportada en los países de Europa occidental¹⁹⁷.

El Barómetro de las Américas divide la victimización en diversas categorías, “victimización por empleados públicos” “victimización por la policía”, “victimización por corrupción municipal”, etc. En la variable de “victimización por empleados públicos”, se consulta a los entrevistados si un empleado público les ha pedido una “mordida” (o soborno) al menos una vez durante el último año. El porcentaje de personas que responde afirmativamente en Costa Rica es de 5%, ubicándolo en el percentil superior de la región, en un rango que va desde Chile (1,2%) hasta Bolivia (18,0%)¹⁹⁸. Los niveles de victimización por policía, en cambio, son mucho más elevados (28% en Perú), mientras Costa Rica se ubica en los mejores lugares con 8,4%¹⁹⁹. Y peor aún es el caso de la victimización por corrupción municipal, que alcanza el 38,6% en Haití. En este caso, también Costa Rica se ubica en los mejores lugares con un porcentaje de 8,5%²⁰⁰.

Puede observarse que más personas dicen saber de casos de corrupción en Costa Rica, que las que dicen haber sido víctimas de la corrupción (dos parámetros que coinciden más en el resto de América Latina). Esto puede indicar la presencia de medios de comunicación que informan constantemente de asuntos relacionados con la corrupción, manteniendo a los habitantes en un estado de mayor sensibilidad en torno al tema y aumentando la victimización colectiva, aunque esta no se corresponda con una victimización personal.

El errático comportamiento que revela la Tabla 8 demuestra, una vez más, que la legislación anticorrupción aprobada en años recientes no ha tenido ninguna incidencia considerable sobre la victimización por corrupción en el país.

¹⁹⁷ Ibidem.

¹⁹⁸ ORCES 2009, No. 1 p.1.

¹⁹⁹ ORCES 2009, No. 3 p.1.

²⁰⁰ ORCES 2009, No. 22, p.1.

1.3. Investigaciones y sanciones

El último parámetro que se puede emplear para medir la corrupción que ocurre es el número de denuncias, investigaciones, procesos y sanciones que se presentan a nivel administrativo y judicial en materias relacionadas con los deberes en la función pública.

i. En sede administrativa

Son relativamente pocas las denuncias que se reciben en sede administrativa por cuestiones relacionadas estrictamente con corrupción. La Tabla 9 demuestra la clasificación temática y porcentual de las denuncias presentadas ante la CGR durante el año 2008.

Tabla 9. Clasificación temática de las denuncias del 2008 ante la CGR

Tema	Total	%
Contratación Administrativa	121	20,9%
Asuntos Laborales	99	17,1%
Control Interno	78	13,4%
Bienes Muebles e Inmuebles	46	7,9%
Corrupción, Enriquecimiento Ilícito y Declaraciones Juradas (Ley No. 8422)	43	7,4%
Asuntos Municipales	39	6,7%
Obras Públicas	39	6,7%
Incumplimiento de Deberes	24	4,1%
Consultas y solicitudes de estudio diversos temas	18	3,1%
Auditoría Interna	13	2,2%
Zona Marítimo Terrestre	13	2,2%

Presupuesto	9	1,6%
Impuestos	8	1,4%
Medio Ambiente	8	1,4%
Desvío de Fondos	7	1,2%
Nulidad de Actos Administrativos	6	1,0%
Sin clasificar	5	0,9%
Privadas	4	0,7%
TOTAL GENERAL	580	100%

Fuente: Memoria Anual de la Contraloría General de la República, 2008, p. 347.

Como puede observarse, sólo el 7,4% de las denuncias presentadas ante la Contraloría están relacionadas con asuntos derivados de la aplicación de la Ley 8422. Si a este rubro se suma el de incumplimiento de deberes²⁰¹ y el de desvío de fondos, se obtiene un 12,7% del total de denuncias. El porcentaje correspondiente a “control interno” está, sin duda, relacionado con la legislación de control de la corrupción y el gasto público, pero no necesariamente refleja incidencia de la corrupción (puede tratarse de irregularidades en procedimientos sin que exista un daño).

El primer lugar en las denuncias ante la Contraloría lo ocupan las relativas a la contratación administrativa, principalmente asociadas *“a los recursos de objeción al cartel y recursos de apelación en contra del acto de adjudicación, lo cual muestra la tendencia a utilizar el mecanismo de ‘denuncia’ para solicitar la revisión de actos que debieron ser recurridos oportunamente en los plazos establecidos por la Ley de Contratación Administrativa y su Reglamento. Siguen en orden de prelación las incidencias surgidas en la fase de ejecución de un contrato administrativo, las que se deben dirimir en sede*

²⁰¹ El incumplimiento de deberes es un delito contra los deberes de la función pública, sin embargo, por tratarse de un tipo penal de omisión no constituye el comportamiento corrupto paradigmático, que al ser el “uso ilegal del poder público en beneficio personal”, apunta –aunque no exclusivamente– hacia comportamientos activos y no omisivos.

*administrativa o judicial según el caso, ya que por disposición legal y expresa este órgano contralor carece de competencia para pronunciarse al respecto*²⁰².

Se evidencia de esta manera el empleo de las herramientas de control como arma de combate: se le da un uso perverso a instrumentos que existen para la tutela de intereses legítimos, con el fin de obstaculizar un proceso u obtener una revancha personal. De hecho, si se analizan las estadísticas “por denunciado” se puede observar que una tercera parte del total de las denuncias presentadas corresponden al nivel municipal, a denuncias presentadas contra alcaldes, miembros de consejos municipales y funcionarios municipales, generadas en gran medida por los mismos integrantes de los gobiernos locales²⁰³.

Sólo el 9% de los fallos producto de las objeciones al cartel presentadas durante el 2008, llevó a la Administración a revisar y ajustar el cartel en los términos analizados en la resolución respectiva²⁰⁴, lo cual hace pensar que algunas de las denuncias presentadas carecen de sustento verdadero, y pueden estar siendo empleadas como mecanismo para aletargar el proceso de licitación.

Junto con lo anterior, se debe reconocer que, en general, la potestad sancionatoria que el ordenamiento otorga a la Contraloría General de la República opera en ausencia de corrupción (en caso de presentarse un caso corrupto, la Contraloría debe remitir las cuestiones al Ministerio Público). Muy a menudo, la sanción ocurre cuando existen incumplimientos a trámites administrativos, pero esos incumplimientos no presentan una lesión a un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal. El caso más ejemplar de esta dinámica, son las sanciones que la Contraloría impone por falsedad en la declaración jurada o por incumplimiento en su presentación (y que representan la mayoría de las

²⁰² Contraloría General de la República 2009, p.347.

²⁰³ Ibid, p.346.

²⁰⁴ Ibid, p.351.

sanciones impuestas por el ente contralor²⁰⁵). Esas sanciones no reflejan el descubrimiento de un conflicto de interés sino sencillamente el irrespeto a un trámite.

La Contraloría presenta al Ministerio Público, en total, menos de 20 denuncias penales cada año²⁰⁶, lo cual, tomando en consideración el inmenso número de cuestiones que conoce (un promedio de 657 denuncias por año), demuestra que tiene poco impacto en la detección de la corrupción. De las 580 denuncias recibidas en el 2008, menos del 3,5% fungió como *noticia criminis*, lo cual es tan sólo el inicio del largo proceso penal en donde pocas denuncias acaban en condena, en particular en materia de delitos contra los deberes de la función pública, como se verá más adelante. De las 1.774 denuncias recibidas en el Ministerio Público en el 2008 por cuestiones relativas a delitos contra la función pública, la Contraloría General de la República aporta un monto verdaderamente ínfimo.

Debe precisarse que la corrupción en Costa Rica es penal. Las sanciones en sede administrativa son la consecuencia del incumplimiento de procesos, de trámites, de deberes, pero no deben ser entendidas como corrupción *stricto sensu*. Son las denuncias las que pueden reflejar un grado alto de incidencia de la corrupción, pero sólo en la medida en que esa denuncia se traslade al Ministerio Público. Si la Administración considera que la denuncia presentada no es suficiente *ni siquiera como noticia criminis*, entonces probablemente es porque carecían de sustento o no se referían a hechos de corrupción.

²⁰⁵ Ibidem p.362.

²⁰⁶ Ver Anexo 3 de la Memoria Anual de la Contraloría General de la República 2009.

La declaración jurada de bienes

La declaración jurada de bienes es uno de los instrumentos icónicos de la era post-Watergate. La evaluación de su funcionamiento general y sus resultados es, por lo tanto, ejemplo elocuente del desempeño de buena parte de la legislación de control vigente hoy en día.

El artículo 193 de la Constitución Política de 1949 señala: *“El Presidente de la República, los Ministros de Gobierno y los funcionarios que manejen fondos públicos, están obligados a declarar sus bienes, los cuales deben ser valorados todo conforme a la ley”*.

No consta en actas mayor discusión en torno a este artículo durante las sesiones de la Asamblea Nacional Constituyente, salvo el comentario hecho por su proponente, diputado Volio Sancho, al presentar la moción para incorporar esta obligación: *“expresó que su moción recogía una vieja aspiración generalmente sentida en el país, sobre todo después de los regímenes de Picado y Calderón Guardia, durante los cuales se cometieron escandalosos peculados. Se hace indispensable tomar todas las medidas del caso para evitar que hechos de esta naturaleza se vuelvan a repetir”*²⁰⁷.

Tal y como se estudió en el Capítulo II de la presente investigación, la acumulación de legislación de control ha implicado la constante expansión de la obligación de rendir declaración jurada a un número creciente de personas. La Ley No. 6872, Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos, incorporó la obligación de rendir declaración jurada a todos los funcionarios que la Contraloría estimara conveniente. La Sala Constitucional, mediante Resolución No. 2934-93 del 22 de junio de 1993, estimó que los funcionarios obligados a revelar su patrimonio debían estar determinados por ley, y no podía relegarse tal potestad al ente contralor.

²⁰⁷ Centésima sexagésima séptima acta de la sesión celebrada por la Asamblea Nacional Constituyente a las quince horas del día catorce de octubre de mil novecientos cuarenta y nueve

Como consecuencia, se anuló dicha normativa. Poco más de un año después, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley No. 7461 del 20 de diciembre de 1994 (la quiebra del Banco Anglo había sido declarada en el mes de septiembre). La ley 7461 reformaba el artículo declarado inconstitucional y en su lugar obligaba a presentar la declaración jurada de bienes a todos los miembros de los Supremos Poderes. Además, establecía que el contenido de esa declaración sería de carácter público. La Ley fue vetada por el ex Presidente de la República, José María Figueres Olsen.

El régimen vigente en la actualidad fue incorporado mediante la mencionada Ley No. 8422, en que se amplía la cantidad de funcionarios obligados a rendir declaración y se establecen tres tipos diferentes de la misma: inicial, anual y final. La Contraloría General de la República está obligada a revisar el contenido de todas las declaraciones, labor que realiza desde septiembre del año 2005²⁰⁸. La Tabla 10 presenta el flujo de declaraciones juradas de bienes presentadas ante la Contraloría durante la vigencia de la Ley No. 8422.

Tabla 10. Número de declaraciones juradas de bienes presentadas ante la CGR y porcentaje de empleados públicos que deben presentarlas 2005-2008

	2006	2007	2008
Declaraciones Recibidas	10.153	11.534	12.977
Número de empleados públicos	269.936	271.155	279.498
% de empleados obligados a declarar	3,76%	4,25%	4,64%

Fuente: elaboración propia con base en las Memorias Anuales de la Contraloría General de la República 2006-2008 y el Informe Estado de la Nación 2007-2009

²⁰⁸ Contraloría General de la República 2007, p. 316.

Puede observarse que no sólo ha crecido el número de declaraciones que la Contraloría recibe anualmente, sino también el porcentaje de todos los empleados públicos que se ve obligado a declarar cada año. La revisión de las declaraciones juradas, a cargo de 7 empleados de la Contraloría, consume más de 10.000 horas de trabajo²⁰⁹ y, sin embargo, rinde muy pocos resultados en términos de detección de la corrupción (como se vio, sí produce sanciones administrativas por el incumplimiento de trámites).

La Tabla 11 contiene el total de denuncias presentadas por la Contraloría General de la República ante el Ministerio Público por violaciones a la Ley No. 8422. Puede fácilmente constatarse que el impacto que la revisión de declaraciones juradas tiene en la detección de delitos de enriquecimiento ilícito, peculado, etc. es prácticamente nulo. Nótese que dos de las cuatro denuncias presentadas refieren a la falsedad en la declaración jurada, esto es, constituyen un delito que no entraña lesión para la Administración en términos patrimoniales.

Tabla 11. Denuncias presentadas por la Contraloría General de la República ante el Ministerio Público por violaciones a la Ley 8422, 2008

Motivo	2008
Falsedad en la declaración jurada	2
Otros motivos ²¹⁰	2
TOTAL	4

Fuente: Contraloría General de la República 2009, p.334.

²⁰⁹ Entrevista a Marta Acosta Zúñiga, Subcontralora General de la República, 15 de julio de 2009.

²¹⁰ Enriquecimiento ilícito, ejercicio simultáneo de cargos públicos, etc.

Hay tres posibles explicaciones para este fenómeno:

- Que los empleados públicos no presentan conflictos de interés entre sus funciones y su patrimonio.
- Que esos conflictos de interés existen, pero no pueden observarse en las declaraciones juradas, porque los empleados se cuidan de no aparentarlos.
- Que esos conflictos de interés existen, que pueden derivarse de la información proporcionada en la declaración jurada de bienes, pero no son “captados” por el escrutinio de la Contraloría General de la República.

Ya sea que se favorezca cualquiera de estas explicaciones, o una combinación de las tres, cabe cuestionarse la conveniencia de mantener el régimen tal y como ha venido operando. A menos de que se le confiera a la Contraloría la potestad de realizar fiscalizaciones estratégicas y al azar sobre actores de alto riesgo, y se le atribuyan mayores capacidades para cotejar los contenidos de las declaraciones juradas con otras fuentes de información (desde el registro de la propiedad hasta las pólizas de seguros), la revisión de estos documentos seguirá siendo de bajo impacto y entrañando una abrumadora cantidad de trabajo para el ente contralor y una vulneración del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 24 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

ii. En sede judicial

La legislación de control de la corrupción y el gasto público puede rendir resultados en dos distintos niveles: la prevención y la sanción. En la prevención, se trata de aumentar el efecto disuasorio que las normas puedan tener sobre los funcionarios públicos y los administrados (*evitar cada vez más los actos corruptos*). En la sanción, se trata de reforzar las normas existentes y asegurar que los autores de delitos contra los deberes de la

función pública reciban consecuencias por su comportamiento (*detectar y sancionar cada vez más los actos corruptos*).

Es el segundo “set” de resultados, el de detección y sanción, el que puede medirse a partir de las estadísticas del Poder Judicial. En general, se constata que los delitos contra la corrupción son más difíciles de sancionar que la mayoría de los delitos: son pocas las denuncias que llegan al Ministerio Público y el nivel de absolutorias es mucho más elevado que el de la media en sede penal.

La Tabla 12 resume los casos penales entrados al sistema penal judicial por delitos contra los deberes de la función pública y los relacionados con la Ley 8422.

Tabla 12. Casos penales entrados al sistema judicial según delito, 1998-2008

Delito denunciado	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08
Contra los deberes de la función pública (TOTAL)	1.300	1.450	1.644	1.611	1.613	1.684	1.774	1.643	1.493	1.419	1.774
Abandono del cargo	5	8	3	2	2	1	2	1	0	0	0
Abuso de autoridad	760	912	1.036	1.067	1.087	1.163	1.177	1.043	950	914	1.196
Aceptación de dádivas por un acto cumplido	2	2	0	4	1	3	1	0	0	0	1
Cohecho propio	52	58	67	82	44	34	56	36	48	32	32
Cohecho impropio	0	0	0	0	0	0	0	0	3	5	9
Concusión	25	22	35	48	33	42	70	61	48	55	35
Corrupción agravada	18	23	8	0	8	1	10	14	16	39	82
Corrupción de jueces	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0
Denegación de auxilio	3	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Divulgación de secretos	3	0	2	1	11	5	7	4	5	8	7
Doble representación	0	0	2	0	0	0	0	2	1	1	0
Enriquecimiento ilícito	2	3	4	6	4	4	8	21	21	26	30
Exacción ilegal	2	2	11	2	3	14	6	4	3	0	4
Incumplimiento de deberes	161	191	150	162	135	171	141	198	169	139	121
Malversación	12	11	19	24	28	23	20	18	11	18	25
Negociaciones incompatibles	0	1	6	6	6	3	10	4	1	5	6
Nombramiento ilegal	7	0	0	1	5	1	8	2	8	3	6
Ofrecimiento u otorgamiento de dádiva o	0	0	0	0	0	0	0	0	1	1	5

Delito denunciado	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08
retribución											
Patrocinio Infiel	10	9	5	11	9	10	5	3	12	10	11
Peculado	177	151	239	115	161	144	174	161	119	94	116
Penalidad del corruptor	16	17	27	39	28	24	21	19	15	20	40
Prevaricato	45	40	30	41	48	41	58	49	62	49	44
Sujetos equiparados	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
Tráfico de influencias	0	0	0	0	0	0	0	2	0	0	2
Violación de fueros	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1

Fuente: Anuario Estadístico Judicial 2008. Cuadro No. 115.

Puede constatarse que la gran mayoría de denuncias recibidas en sede penal por delitos contra los deberes de la función pública, se refieren a posibles abusos de autoridad. En el año 2008, más del 67% de casos entrados versaban sobre este delito (sin embargo, es uno de los delitos con menor porcentaje de condenatorias, como puede apreciarse en la Tabla 14). En nivel de prelación, le siguen el incumplimiento de deberes y el peculado, ambos inferiores al 7% del total de casos entrados.

El comportamiento de las estadísticas en materia de denuncias no parece experimentar un descenso general con la acumulación de legislación anticorrupción (una prevención eficiente, implicaría una menor incidencia, constatable a través de menos denuncias). Existen delitos en donde las denuncias son mayores ahora que hace diez años, y otros en donde son inferiores. Junto con esto, muchos de los tipos penales incorporados mediante Ley No. 8422 presentan niveles casi nulos de denuncia, lo cual plantea la interrogante sobre si en efecto respondieron a una necesidad social. La creación de una Fiscalía y una Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública, en el año 2002, tampoco parecen haber generado mayores cambios en la cantidad de denuncias.

La legislación no incidió decididamente, tampoco, en las condenas por delitos de corrupción (el componente de sanción), como puede apreciarse en la Tabla 13. De las 1.774 denuncias recibidas en el año 2008 por estos delitos, sólo 75 acabaron en

condenatoria (4,23%), cifra ligeramente inferior a la media en los demás delitos: de 175.122 denuncias penales, 7.662 condenas (4,37%).

Tabla 13. Relación de condenados y absueltos en sede penal y por delitos contra los deberes de la función pública, 2003-2008

Año	Total	Condenatoria	Absolutoria	Total	Condenatoria	Absolutoria
				DDLFP*		
2003	6.903	3.627	3.276	107	40	67
2004	8.042	4.134	3.908	115	40	75
2005	7.265	3.628	3.637	108	29	79
2006	7.794	3.586	4.208	106	37	69
2007	8.028	3.736	4.292	142	50	92
2008	7.662	3.856	3.806	75	27	48
TOTAL	45.694	22.567	23.127	653	223	430
Porcentual	100%	49,4%	50,6%	100%	34,2%	65,8%

Fuente: elaboración propia con base en Anuarios Estadísticos Judiciales 2003-2008.

*Delitos contra los Deberes de la Función Pública.

Al analizar estos datos, se puede afirmar que las condenas por delitos contra los deberes de la función pública no han aumentado sostenidamente durante los últimos años, pues su comportamiento es volátil y no sigue una línea progresiva. Esto es, que la legislación anticorrupción no ha traído un marcado aumento de las condenas por esos delitos. Lo que sí es claro es que ha disminuido el porcentaje que los delitos de corrupción representan en el total de condenas en sede penal, que actualmente ronda el 1,55%. En el decenio 1987-1997, ese porcentaje era de 2,7% y de poco menos de 2% en el periodo 1997-2003²¹¹.

²¹¹ CORDOVEZ y JURADO 2008, p.82.

En la Tabla 13 se observa también cómo los delitos de corrupción presentan un nivel de condenatoria inferior a la media en sede penal, situación que no ha variado en los últimos años. La Tabla 14 desagrega los datos para el 2008, según delito.

Tabla 14. Personas sentenciadas por tribunales penales según delito y tipo de resolución con sus porcentajes, 2008

Delito	Total	Tipo de sentencia		%	
		condenatoria	absolutoria	Condenatoria	Absolutoria
Todos los delitos	7662	3856	3806	50,3%	49,7%
Contra los deberes de la función pública	75	27	48	36,0%	64,0%
Abuso de autoridad	28	5	23	17,9%	82,1%
Cohecho	7	2	5	28,6%	71,4%
Concusión	13	7	6	53,8%	46,2%
Corrupción agravada	8	3	5	37,5%	62,5%
Incumplimiento de deberes de la función pública	2	0	2	0%	100%
Negociaciones incompatibles	3	1	2	33,3%	66,7%
Peculado	9	6	3	67,7%	33,3%
Penalidad del corruptor	3	3	0	100%	0%
Prevaricato	2	0	2	0%	100%

Fuente: Anuario Estadístico Judicial, 2008. Cuadro No.214

Puede apreciarse que el delito en que es más probable obtener una condenatoria es el peculado (se excluye la penalidad del corruptor por lo bajo de la muestra), mientras el abuso de autoridad (el más denunciado) es el que presenta mayor probabilidad de absolutoria.

Se confirman así los hallazgos que en el año 2005 obtuviera el Programa Estado de la Nación: *“los datos disponibles refuerzan la percepción sobre la debilidad del Derecho Penal para sancionar la corrupción. En reiteradas ocasiones este Informe ha señalado las*

limitaciones para procesar y sancionar este tipo de delitos, situación que no varió significativamente en el 2004 (Programa Estado de la Nación 2003 y 2004; Proyecto Estado de la Nación, 2001). En primer lugar, son pocas las denuncias por corrupción que llegan hasta el Ministerio Público; el conjunto de delitos contra los deberes de la función pública no tiene un peso importante dentro del total de denuncias interpuestas ante ese órgano”²¹².

Finalmente, se corrobora que las denuncias presentadas tienen una relación con el nivel de victimización reportado en los estudios de Latinobarómetro mencionados anteriormente. Si se coteja el número de denuncias con las respuestas afirmativas a la pregunta “¿Ha sabido usted, o algún familiar, de algún acto de corrupción en los últimos 12 meses?”, se obtiene una correspondencia que no es exacta (no hay un aumento y descenso idénticos en términos porcentuales), pero sí se puede afirmar que cada vez que la victimización aumenta, aumentan las denuncias, y cada vez que descende, descenden las denuncias.

Tabla 15. Relación entre denuncias y victimización, 2001-2008

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
Ha sabido de delito de corrupción en los últimos 12 meses	18	24	17	28	21	16	23
Denuncias por delitos DDLFP	1611	1613	1648	1774	1493	1419	1774

Fuente: elaboración propia con base en datos de Anuarios Judiciales 2001-2007 y Programa Estado de la Nación 2008.

En general, se puede afirmar que “a pesar de la cantidad de leyes e instituciones creadas, los escándalos de corrupción política no han cesado y, además, los principales han sido descubiertos no por los mecanismos establecidos dentro de la institucionalidad

²¹² Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2005, p.XXX.

*para controlar la acción estatal, sino por agentes externos (medios de comunicación y denuncia ciudadana)*²¹³. Esto es que, hasta ahora, el control de la corrupción en Costa Rica y la inmensa cantidad de reformas que ha aparejado, han rendido pocos resultados reales en el ámbito nacional. El país es percibido como moderadamente íntegro por los estándares internacionales, aunque esa percepción se dispara en los sondeos nacionales. La victimización es una de las más bajas de la región, pero sigue siendo muy superior a la de países desarrollados. Las denuncias y las condenas por delitos contra la corrupción no han experimentado cambios significativos con la legislación aprobada. Se puede afirmar que, en términos de reducir la corrupción, el país no está sensiblemente mejor a como estaba hace 15 años (aunque cuenta con muchos más instrumentos y, sobre todo, más controles).

2. Algunas acotaciones

2.1. El efecto disuasorio

El *efecto disuasorio* (deterrent effect) es un tema de discusión común en el Derecho Penal, a partir de los debates de prevención general y especial, positiva y negativa. Evaluar el efecto disuasorio es una tarea plagada de dificultades, que comienzan por la imposibilidad de demostrar lo que no existe (un principio jurídico fundamental).

Como se ha mencionado, el control de la corrupción no sólo busca reducir la corrupción existente, sino evitar la corrupción potencial. Aunque en primera instancia estas dos variables integran una relación de suma cero (menos casos de corrupción ocurridos implican más casos de corrupción evitados), puede suceder que al mismo tiempo ocurran más casos de corrupción y se eviten más, por ejemplo cuando se tipifican

²¹³ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2005, p.302.

nuevos comportamientos, pero sólo respecto de la situación anterior a la nueva tipificación.

Muchos defensores de la proliferación de control argumentan que, aunque los beneficios del control de la corrupción sean inciertos o inexistentes en materia de detección y sanción, sus virtudes en el área de prevención pueden justificar el reforzamiento de los controles. En síntesis, argumentan que aún y cuando la misma cantidad de personas sigan siendo víctimas de la corrupción, puede suceder que haya un número mayor, invisible e inestimable, de potenciales corruptos que se están alejando de delinquir gracias al desincentivo que significan los controles. Esto no parece tener soporte lógico.

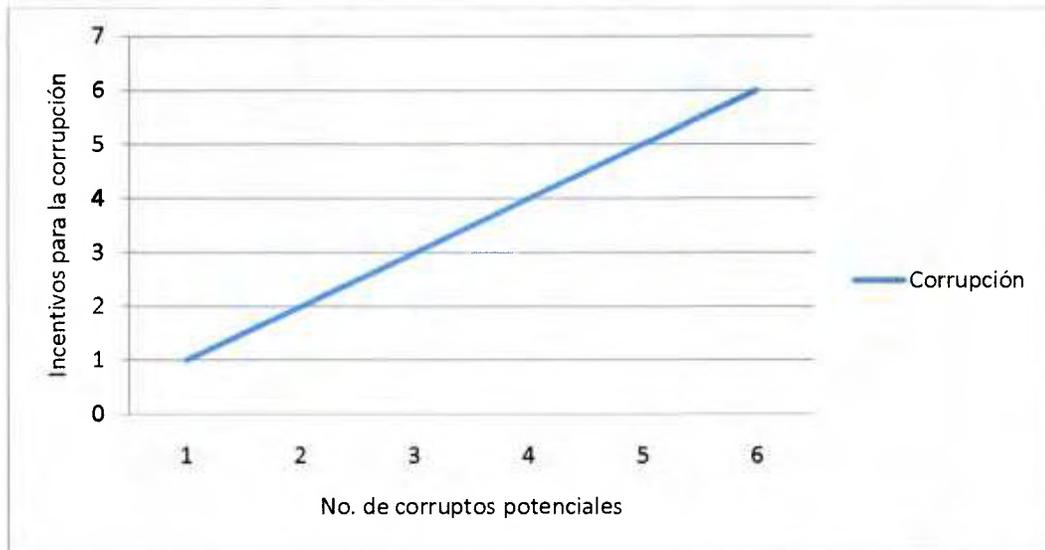
El número de corruptos potenciales²¹⁴ es una *constante*. Los incentivos, desincentivos, sanciones y controles son *variables*. Matemáticamente, esto puede explicarse así: existe una función de corrupción (ver Gráfico 7), sobre un plano en donde el eje X es el número de corruptos potenciales y el eje Y son los incentivos dados para cometer actos de corrupción. A mayores los incentivos, mayor la delincuencia. A menores los incentivos, menor la delincuencia. Los incentivos y desincentivos generan desplazamientos *a lo largo de* la curva. Si la Administración está siendo eficaz en fortalecer los desincentivos²¹⁵, el número de personas denunciadas y condenadas por delitos contra la corrupción **necesariamente tiene que bajar**²¹⁶. Esto, por cuanto si el mismo número de potenciales corruptos se enfrenta a condiciones disuasorias, deben ocurrir menos casos de corrupción. No puede haber una cifra invisible de personas disuadidas, *porque tendrían que surgir nuevos actores*.

²¹⁴ La población que puede constituir sujeto activo de los tipos penales relacionados con la corrupción.

²¹⁵ Nótese que en los incentivos y desincentivos se incluye la existencia de una fiscalía y una jurisdicción penal "eficientes" en detener y sancionar la corrupción.

²¹⁶ Debe señalarse, sin embargo, que al incorporar nuevos tipos penales, puede ser que ocurra un *desplazamiento de la curva*, cuando esos tipos penales incluyen a individuos que antes no sostenían la condición de potenciales victimarios y potenciales víctimas. En ese supuesto, se genera una función *diferente*.

Gráfico 7. Relación entre victimización e incentivos para la corrupción



Fuente: elaboración propia.

Desde el año 2004, hasta la fecha, existen en Costa Rica los mismos incentivos y desincentivos para incurrir en actos de corrupción. No ha habido cambios legislativos que generen un desplazamiento de la curva. Por lo tanto, si el efecto disuasorio hubiera tenido un impacto, necesariamente debió haber reducido el grado de victimización y el número de denuncias y condenas, porque tanto las víctimas potenciales como los corruptos potenciales permanecieron siendo los mismos. En vista de que, según se analizó en las estadísticas de este capítulo, no se ha experimentado una baja sensible en el grado de victimización ni en el grado de denuncias y condenas en el país, se puede argumentar que el efecto disuasorio *no ha sido mayor* y que no llevan razón quienes sostienen que puede haber una cifra inestimable de personas que no han delinquido gracias a la legislación aprobada.

- 2.2. El error epistemológico: confundir los productos de la política con los resultados de la política (*outputs y outcomes*)

Otro de los errores en que habitualmente incurren los defensores a ultranza del régimen de control existente, es la confusión entre los productos de la política (*outputs*) y los resultados de la política (*outcomes*). Al ser consultados sobre los resultados que la legislación aprobada ha rendido, remiten a productos de la administración que no necesariamente tienen incidencia en la vida de los ciudadanos, es decir, no son resultados para la población.

Realizar determinado número de investigaciones, capacitar a tantos funcionarios, proponer códigos de ética, publicar informes de labores, instaurar contralorías de servicios, abrir líneas telefónicas para denuncias, y sobre todo, promulgar más leyes anticorrupción, son sólo productos que pueden -o pueden no- traer resultados para los administrados. Se podría decir que son algo así como bienes de orden superior²¹⁷, que para rendir frutos deben convertirse en bienes de consumo, deben ser operativizados de forma tal que generen un impacto en la esfera de la realidad del individuo.

Quizás incida aquí la misma dificultad que existe en las mediciones de corrupción estudiadas al principio de este capítulo. Ante las limitaciones para establecer claramente cuánto se ha mejorado en combatir la corrupción, los actores políticos acaban por hablar sobre cuánto se ha avanzado en crear un sistema para combatir la corrupción (que no es lo mismo). De esta manera, el elemento discursivo queda cubierto, mientras el sustrato real permanece inalterado. La enumeración de productos de la política se convierte así en el principal componente del cerco que delimita la “zona de confort” en que se ubican las medidas adoptadas para combatir la corrupción. Si se argumenta en contra de su eficacia,

²¹⁷ El término que la economía emplea para los bienes que no sirven directamente a un propósito humano, sino que son medios para alcanzarlo.

surgen de inmediato los productos de la política como justificación no sólo de los controles existentes, sino de los que se proponen.

Las implicaciones de este fenómeno pueden ir todavía más allá. El siguiente ejemplo demuestra un argumento clásico de confusión entre productos y resultados de la política: en un artículo publicado en el 2004, una Fiscal Auxiliar de Delitos Económicos afirmaba que *“es interesante notar que, de acuerdo con el Estado de la Nación, durante el año 2001 la inversión social en Costa Rica aumentó un 2.7%, lo cual es superior al crecimiento de la población para ese mismo año. Eso quiere decir que la inversión per capita aumentó en 6%. Extrañamente, los niveles de pobreza no decrecieron. Tanto el reporte anual del Defensor de los Habitantes como el reporte anual de la Contraloría General de la República apuntaron a la falta de mecanismos de control como responsable. Esto lleva a creer que pudo darse alguna desviación de fondos”*²¹⁸.

En esta aseveración, la articulista asume que un aumento de la inversión social necesariamente debe traducirse en una reducción de la pobreza. Esto es, que un producto de la política tiene que producir un resultado. Al afirmar que probablemente se dio un desvío de fondos, vislumbra una forma de mentalidad conforme con la cual la presunción de culpabilidad que gravita sobre los funcionarios públicos es llevada a su paroxismo: el fracaso de las políticas públicas se presume producto de la corrupción, porque se cree que una política pública entraña sin más un resultado (además, el resultado deseado con la aplicación de esa política).

Lo cierto es que la abrumadora evidencia histórica, en Costa Rica y en el mundo, apunta en el sentido contrario: es muy común que los Estados promuevan políticas que no rinden resultados. Políticas perfectamente probas, pero inútiles.

Hacer de la ineficacia un indicio de corrupción, es la mejor manera de evadir la evaluación sesuda de las políticas públicas. En la medida en que se tacha, sin evidencia, a las políticas ineficaces como corruptas, la discusión abandona el terreno científico y

²¹⁸ ESQUIVEL SOTO 2004, p. 87.

trasciende al plano emotivo: ya no se trata de evaluar cuáles mecanismos rinden resultados y cuáles deben ser modificados, sino de eliminar las “manzanas podridas”.

Con esto se empobrece el debate público y se introduce en el imaginario colectivo la idea de que existen políticas perfectas, pero que simplemente los funcionarios públicos han decidido no implementarlas por razones de interés personal. Esa idea impulsa a creer que se trata, entonces, de buscar no sólo al funcionario absolutamente probo, sino a la política absolutamente transparente, bajo la fe de que la combinación de esos dos ingredientes otorga garantía total de que la medida implementada rendirá frutos para la ciudadanía.

Un mayor nivel de honestidad y racionalidad en la discusión obliga, en cambio, a reconocer que las políticas públicas son siempre imperfectas, implementadas por funcionarios que son siempre humanos, con resultados que son siempre limitados y recursos que son siempre escasos. Ajustar los engranajes de esa maquinaria, para que pueda rendir cada vez mejores frutos, debería ser la aspiración de una democracia madura, no la búsqueda de un espejismo construido a partir de confusiones.

3. Conclusión

La tarea de medir los resultados de la lucha contra la corrupción inicia por el desafío de medir la corrupción misma, sin embargo, esta labor se dificulta por el hecho de tratarse de una actividad típicamente clandestina, en la que a menudo la víctima no está consciente del daño o lo aprueba y participa de él.

Para medir la corrupción que ocurre, existen estándares internacionales basados en la percepción, sondeos que miden el nivel de victimización en la población por delitos contra los deberes en la función pública, y estadísticas administrativas y judiciales sobre las denuncias presentadas en materia de corrupción y ética en la función pública, así como sobre las condenas y sanciones en estas materias.

Ni los índices internacionales de percepción, ni los sondeos de victimización, ni las denuncias y condenas por delitos contra los deberes de la función pública, muestran cambios sensibles con la aprobación de legislación de control de la corrupción durante los últimos años. Esto demuestra el bajo impacto que las iniciativas han tenido sobre la realidad. En muchas ocasiones, se trata de normativas que producen un inmenso caudal de productos, pero sin resultados sensibles. Normativas que confunden los *instrumentos* del control de la corrupción con los *finés* del control de la corrupción.

Por último, debe aclararse que, contrario a lo que argumentan algunos, no es posible asumir que existe un número indeterminado de personas que están siendo disuadidas por la normativa vigente, pero que no pueden ser contabilizadas por la Administración. Permaneciendo constante el número de víctimas potenciales y el número de corruptos potenciales, una mayor disuasión necesariamente debe traducirse en una reducción de las denuncias y condenas por esas materias. En vista de que el número de denuncias y condenas en sede judicial y administrativa se ha mantenido en el tiempo, sin que se aprecie una marcada tendencia a la baja, no se puede racionalmente argumentar a favor de la existencia de un grado mayor de personas que están siendo disuadidas.

CAPÍTULO V: LECCIONES Y PROPUESTAS

Aunque los resultados expuestos parezcan poco alentadores, se debe rescatar una de las más valiosas características de la lucha contra la corrupción en Costa Rica y el mundo: es una lucha que aún no está concluida. Existen en la experiencia nacional e internacional múltiples lecciones que pueden informar un proceso de reforma. En el presente capítulo se exponen, a manera de propuestas, algunas de los más importantes.

Se debe aclarar, sin embargo, que la tarea de extrapolar experiencias exitosas es también compleja y sujeta a desilusiones. Varias son las razones por las cuales se debe asumir con cautela la emulación de unos ordenamientos por otros:

1. *No todos los países que han triunfado en la lucha contra la corrupción han adoptado el mismo "set" de políticas públicas.* Las naciones que encabezan los índices de transparencia guardan diferencias notorias en su legislación e institucionalidad de combate a la corrupción. Lo que es más, en ocasiones guardan diferencias notorias en sus sistemas políticos, en sus niveles de libertad, en sus modelos de Derecho Penal y, en general, en su escala de valores.
2. *Muchas de las recomendaciones en materia de lucha contra la corrupción están interconectadas, y su eficacia depende de los demás mecanismos implementados.* Un país que adopte unas medidas, y no otras, puede percibir distintos resultados.
3. *Algunas de las recomendaciones de experiencias exitosas, contradicen principios consagrados en la Constitución Política de otros países y en los tratados internacionales que han suscrito.* Existen ciertos ordenamientos en donde el valor de combatir la corrupción puede entrar en colisión con el estado

de inocencia, por ejemplo, tal y como se observó en el caso del delito de enriquecimiento ilícito y las recomendaciones internacionales en torno a la materia.

4. *La eficacia de los mecanismos anticorrupción está asociada a la fortaleza institucional de los países y, en general, de su nivel de sofisticación civil y política.* En muchos aspectos, los ordenamientos que son exitosos en combatir la corrupción no hacen sino aprovechar los dividendos de capacidades y virtudes ya instauradas. Desde esta perspectiva, las naciones que no cuentan con ese desarrollo institucional y político, deben empezar por fortalecer su Estado de Derecho antes de aspirar a la eficacia inmediata de políticas públicas de combate a la corrupción.

5. Incluso obviando los desafíos anteriores, *las mismas políticas implementadas en distintos ordenamientos, en distintas coyunturas, por distintos actores y con distintas capacidades, generan costos diversos y resultados disímiles.* Una recomendación internacional como el exigirle a los empleados públicos declaraciones de bienes, por ejemplo, ha rendido muy buenos resultados en Singapur y pésimos resultados en Nicaragua (en donde, además, las declaraciones son públicas)²¹⁹.

Habiendo hecho estas aclaraciones, se procede a reseñar algunas de las propuestas desprendidas de la presente investigación.

²¹⁹ Los datos sobre la obligación de emitir declaración jurada son de MESSICK 2009, con base en una encuesta elaborada entre los clientes del Banco Mundial. De 149 países estudiados, 106 requerían declaración y 43 no exigían ninguna forma de declaración.

1. De una cultura de sospecha a una cultura de responsabilidad

Del análisis del régimen de control de la corrupción y el gasto público vigente en Costa Rica, puede desprenderse que el ordenamiento nacional debe empezar a hacer una transición de una cultura de sospecha, en donde los funcionarios públicos son tratados como corruptos potenciales, a una cultura de responsabilidad, esto es, una cultura en donde el empleado público goce de la capacidad de administrar una cuota de riesgo²²⁰, por cuyo manejo deberá rendir cuentas a la población y a sus jefes.

Al respecto, señalan RUFFNER y SEVILLA, con base en la experiencia de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE): *“El reto fundamental para el control es pasar de un sistema en que se espera la obediencia a reglas rígidamente definidas, a un sistema más flexible, en donde los administradores tengan la elasticidad para alcanzar metas más amplias. Esto significa que el modelo de control se está moviendo de una desconfianza fundamental hacia la administración, hacia un modelo que valora una administración que asume riesgos calculados y toma decisiones basadas más en el desempeño que en las reglas”*²²¹.

Una cultura de responsabilidad es una cultura enfocada en los resultados, y no en los productos. En ella, la medición del desempeño de las políticas es tanto o más importante que la revisión minuciosa de los procedimientos. Los empleados y las instituciones que realicen bien su trabajo, y no sólo los que sigan mecánicamente los procedimientos burocráticos, merecen el reconocimiento de la Administración. Ese reconocimiento se produce de muchas formas, una de ellas, quizás la principal, debe ser la asignación de recursos presupuestarios.

²²⁰ El Informe sobre Competitividad Global mencionado en el Capítulo III, ubica a Costa Rica en una etapa intermedia de desarrollo en materia de competitividad. Las naciones más desarrolladas, como Dinamarca, Finlandia o Alemania han hecho su transición hacia sistemas “movidos por la innovación”.

²²¹ RUFFNER y SEVILLA 2004, p.138

Tal y como opera actualmente el Presupuesto de la República, según el procedimiento establecido en la Ley No. 8131, las buenas y las malas políticas públicas reciben recursos independientemente de su desempeño²²². Los Diputados y Diputadas guardan pocas potestades para modificar los montos asignados y, en todo caso, no ejercen ampliamente esa potestad. De hecho, la diferencia entre los montos propuestos por el Ministerio de Hacienda y los montos aprobados por la Asamblea Legislativa es bastante baja. Más que regímenes sancionatorios difíciles de aplicar, más que el reforzamiento de la vigilancia por parte de instancias controladoras, es la asignación de recursos lo que debe impulsar a los empleados públicos a mejorar su desempeño y el desempeño de su institución. Un poco de esta transformación ha empezado a darse, con la evaluación que la Contraloría está realizando del presupuesto según los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo, este proceso dista mucho de ser un mecanismo ideal.

Junto con esto, debe modificarse el régimen sancionatorio²²³, para pasar de un régimen que castiga cualquier desviación de procedimientos rigurosos, a un régimen que castigue el dolo y la culpa grave²²⁴. El funcionario público costarricense tiene que tener la garantía de que no será sancionado por cualquier error que cometa, pues esa percepción lo impulsará a replegarse en la inercia (que no le significa costos y le garantiza no ser objeto de una denuncia). Asimismo, se deben crear consecuencias *positivas* para los empleados y no sólo negativas; incentivos y no sólo castigos. Aumentos salariales, reconocimientos institucionales, ascensos, traslados, otorgamiento de plazas en

²²² Sobre el tema, apunta Kevin CASAS que es necesario reforzar la relación entre la Contraloría General de la República y la Asamblea Legislativa, ya que *“las recomendaciones deben reflejarse en los presupuestos. Se deben premiar los programas exitosos”*. URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda *“La pertinencia de los controles previos”*, 2009.

²²³ Debe recordarse que casi toda la legislación de control aprobada en las últimas décadas incluye un apartado relativo a las sanciones por el incumplimiento de las cláusulas incorporadas en la pieza legislativa.

²²⁴ En palabras de don Antonio SOLERA: *“hay un desconocimiento y un abandono muy rabe del concepto técnico de culpa grave. Hay que volver a repositarlo”*. Entrevista realizada el 3 de abril de 2008.

propiedad, todo debería reflejar la evaluación de desempeño que cada funcionario recibe (y que en este momento no genera consecuencias del todo).

La transición que se propone pasa también por devolverles a los actores políticos la responsabilidad por sus acciones. Esto es, poner coto al recurso de remitir a los criterios de los órganos de control como mecanismo para excusar o defender sus omisiones o actuaciones. La Contraloría General de la República debe ejercer su función de órgano *auxiliar* del ente deliberativo por excelencia: la Asamblea Legislativa. En la actualidad, la relación entre la Asamblea Legislativa y la Contraloría es una relación disfuncional, si no contradictoria con el espíritu de la Constitución Política. Más que instancias que trabajan conjuntamente, operan como un *archipiélago de poder*.

Cada vez que la Contraloría desautoriza, veta o reprende las acciones de la Administración Pública, envía un mensaje conforme con el cual el ente contralor hace las cosas bien, *porque es técnico*, y el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa hacen las cosas mal, *porque son políticos*²²⁵. Por el contrario, una actuación de la Contraloría que *acompañe* a la Administración, en lugar de juzgar sus acciones finales²²⁶, al menos distribuiría la responsabilidad entre los órganos de control y los de decisión.

²²⁵ En este sentido se pronunció Constantino URCUYO en URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda "La pertinencia de los controles previos", 2009. Se debe anotar que este mensaje es reforzado a conveniencia por los mismos actores políticos, interesados en agotar las discusiones públicas remitiendo a criterios técnicos.

²²⁶ En este sentido van las anotaciones de Carlos ARGUEDAS sobre la necesidad de aumentar la presencia de la Contraloría en etapas muy preliminares de la contratación administrativa, que se verán más adelante.

2. Control estratégico

El régimen de control de la corrupción y el gasto público en Costa Rica necesita realizar un viraje hacia un control *estratégico*, en áreas de alto riesgo o de alta sensibilidad. No se trata de repasar minuciosa y repetidamente todos los procedimientos, sino aquellos cuyo incumplimiento puede generar consecuencias graves para la población.

El control estratégico está en el corazón del razonamiento del grado óptimo de corrupción: lo ideal, sin duda, sería que la Administración conservara la facultad de revisar eficientemente todos sus procedimientos, sin obstaculizar la ejecución de políticas públicas. Pero en vista de que, como se analizó, esa supervisión puede colisionar con la intención de atender cuanto antes las demandas ciudadanas, el Estado debe limitarse a ejercer su facultad de revisión a aquellos casos en que el interés público de ser protegido contra un acto irregular sea superior al interés público de obtener el servicio de manera eficiente.

Esto es evidente, más que en ninguna otra área, en el refrendo que por mandato constitucional la Contraloría debe otorgar a cualquier pago por cuenta de la Administración. El visado de contratos por parte de un Ente de Fiscalización Superior es un atavismo en el Derecho comparado, y sin embargo, en Costa Rica es la causa principal de denuncias ante la Contraloría General de la República y una de las principales causas de su saturación de trabajo.

Se trata de una función que debe ser repensada, no sólo en cuanto a su ubicación institucional, sino en cuanto a su formulación general. Costa Rica debe cuidarse de *“no convertir el control interno en un control externo disfrazado”*²²⁷. En lugar de trasladar la función a las auditorías internas, el ordenamiento jurídico costarricense debería otorgarle a las instancias de control la potestad de decidir cómo y en qué manera auditará o

²²⁷ Carlos ARGUEDAS en URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda “La pertinencia de los controles previos”, 2009.

acompañará los procesos altamente técnicos (de manera análoga a como la Administración acompaña a los grandes contribuidores a realizar sus declaraciones de impuestos). Lo mismo sucede con las declaraciones juradas de bienes, que en este momento tienen un impacto nimio en la capacidad del Estado de detectar irregularidades.

Desde este punto de vista, el control también debe buscar su eficiencia. Al hacerlo se convierte en el principal desincentivo para incurrir en actos contrarios a los deberes de la función pública. Órganos de control desembarazados de cuestiones de bajo impacto, con recursos y personal suficiente para investigar cuestiones estratégicas o al azar, aumentan el efecto disuasorio. Para usar una ilustración elemental: no es lo mismo para un estudiante copiar en un examen en un auditorio con 500 otros estudiantes y un solo profesor vigilando, a copiar en un examen en un aula en que se encuentra solo, pero en donde el profesor puede asomar su cabeza por la puerta de un momento a otro.

3. Investigación técnica y especializada

Hay en el proyecto de creación de la Procuraduría de la Ética Pública una intención que no logró ser plasmada a cabalidad por el legislador, ni ha podido ser implementada por quienes integran este órgano: esa intención es la de crear una oficina anticorrupción del Estado altamente técnica y especializada, tal y como opera el Buró de Investigación de Prácticas Corruptas en Singapur, creado en 1952, bajo el dominio que entonces ejercía el imperio británico sobre dicha ciudad-estado.

El Buró de Investigación de Prácticas Corruptas tiene una serie de atribuciones que exceden las de la mayoría de oficinas anticorrupción alrededor del mundo²²⁸ (en opinión de la autora, también exceden las potestades democráticamente aceptables). Cuenta, por

²²⁸ En la mayoría de países, y ciertamente en los países latinoamericanos, las oficinas anticorrupción se han convertido en receptoras de denuncias (algunas veces denuncias temerarias), con facultades para realizar investigaciones poco técnicas que constituyen *un insumo* para las investigaciones judiciales, pero que significan poco valor agregado.

ejemplo, con la potestad de hacer comparecer por la fuerza a quien se niegue a atender una notificación suya, e incluso conserva la capacidad de arrestar a individuos sin orden judicial²²⁹.

Pero mucho más importante que sus atribuciones coercitivas, son sus atribuciones investigativas: se trata de una oficina altamente especializada en el tema de la corrupción, cuyas investigaciones resultan cruciales en la capacidad de sancionar penalmente a los individuos que han cometido actos corruptos.

Lo mismo sucede en Nueva Zelanda, país que actualmente encabeza el ranking del IPC, en donde no existe una oficina anticorrupción propiamente dicha, pero sí una Oficina de Fraude Serio, creada en 1990. En lugar de la potestad de revisar minuciosamente todos los procedimientos, independientemente de su impacto, la legislación neozelandesa le ha conferido a esta oficina la misión de investigar fraudes serios o complejos, fraudes a gran escala, que generen una lesión notoria en la confianza pública²³⁰.

Si algo han demostrado en Costa Rica los casos de corrupción más destacados en los últimos años, es la complejidad con que operan: por tratarse de delitos de cuello blanco, en donde los actores casi siempre son muy calificados, se manifiestan a través de estructuras jurídicas intrincadas, con apariencia de legalidad, que emplean mecanismos tecnológicos y técnicos muy sofisticados, con decenas de sociedades anónimas, cuentas bancarias, intermediarios y procesos operando simultáneamente. El flujo de dinero a través de entidades financieras, empresas y países, hacen de ciertos casos de corrupción un maremágnum en el que las agencias de investigación necesitan asistencia calificada.

Las cuestiones sometidas a conocimiento de la Oficina de Fraude Serio, son analizadas por un equipo interdisciplinario conformado por investigadores, contadores forenses y fiscales. Los valores para determinar si el caso es de fraude o corrupción serios, van desde el monto de la sustracción hasta la complejidad factual, legal y probatoria.

²²⁹ Corrupt Practices Investigation Bureau 2009.

²³⁰ Serious Fraud Office 2010. Una oficina muy similar y con el mismo nombre opera en el Reino Unido.

Una oficina con estas atribuciones y esta misión tendría más sentido que la Procuraduría de la Ética actual, que no añade un valor agregado al proceso de investigación del Ministerio Público²³¹ y que, además, pretende añadir evaluaciones éticas sobre las evaluaciones legales. Sería, además, una ayuda esencial para lograr condenas en el Poder Judicial, cuando esas condenas proceden conforme a Derecho, y asistirían en la labor de revertir la tendencia actual en que los delitos contra los deberes de la función pública son de los más difíciles de sancionar.

4. Gobierno Digital

El Gobierno Digital parece ser la clave para sortear el aparente dilema entre la transparencia y la eficiencia en el sector público. La digitalización de cada vez más procesos de la Administración Pública contribuye a reducir los plazos²³², fomenta la competencia entre oferentes, facilita el acceso ciudadano a la opinión pública, potencia la cooperación técnica entre los distintos despachos de la Administración²³³, democratiza los procesos de contratación administrativa, provee insumos fidedignos para las auditorías internas y externas, reduce los costos de las transacciones, despoja a los empleados de la obligación de realizar funciones de mera tramitología -que distraen su atención de la innovación-, y en general, hacen menos traumática la relación entre el ciudadano y las dependencias públicas.

Tal y como se mencionó en el Capítulo III, países como Corea del Sur han avanzado inmensamente en estas áreas, reduciendo a 22 días procesos de compra que en Costa

²³¹ Actualmente, la Procuraduría de la Ética Pública hace algo parecido a lo que hace el Ministerio Público en la etapa inicial del proceso penal, pero sin recursos, sin Organismo de Investigación Judicial, sin capacidad de citación, sin experiencia y sin personal.

²³² KAUFFMAN de hecho usa las horas que un empresario emplea lidiando con un funcionario público como uno de los medidores de corrupción.

²³³ Mediante el manejo de bases de datos comunes, comunicaciones expeditas, etc.

Rica tardan en promedio un año y medio. Chile, que ostenta el mejor resultado en el IPC en Latinoamérica, ha implementado una Estrategia Digital 2007-2012, que pretende *“desarrollar acciones en pos de un uso más profundo e intensivo de las tecnologías de información y comunicaciones por parte de los ciudadanos, empresas y el propio Estado”*²³⁴.

La actual Administración Arias Sánchez incorporó el Gobierno Digital como uno de los principales objetivos del Eje de Reforma Institucional en su Plan Nacional de Desarrollo²³⁵. La creación de una Secretaría Técnica y la digitalización de los trámites de obtención de licencias y pasaportes, así como otros logros relacionados con materia aduanera y compras públicas, son los primeros pasos de lo que será, sin duda, el futuro de las relaciones entre el Estado costarricense y el administrado.

Falta, sin embargo, mucho camino por recorrer. En primera instancia, hay una brecha digital que debe ser reducida si el gobierno digital ha de rendir frutos para la mayor cantidad de habitantes. Y en segunda instancia, se requiere de voluntad política y continuidad intergubernamental, dos aspectos que han fluctuado a lo largo de los múltiples esfuerzos por impulsar iniciativas como ésta.

²³⁴ Estrategia Digital del Gobierno de Chile 2010.

²³⁵ Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica 2007, p.95.

5. Control de la corrupción en el sector privado

Costa Rica ha adoptado casi todas las recomendaciones que la comunidad internacional sugiere para el combate eficaz a la corrupción, con excepción de un área: el abordaje de la corrupción en el sector privado²³⁶. Esta variable no se refiere a la penalidad del corruptor (de la persona privada que realiza una transacción corrupta con un funcionario público), sino a la corrupción *a lo interno* de las empresas privadas.

El principal instrumento internacional en esta materia es la Convención de la OCDE contra el soborno, suscrita por varios miembros de la organización en diciembre de 1997²³⁷. Otros textos internacionales, particularmente los más recientes, han incorporado el espíritu de la Convención, que está permeado por la convicción de que cualquier estrategia efectiva de combate a la corrupción debe combatir las malas prácticas tanto en el sector público como en el sector privado.

Las siguientes son las conductas no incorporadas al ordenamiento costarricense con respecto a los principales estándares internacionales, según consta en el Decimoprimer Informe del Estado de la Nación para el Desarrollo Humano Sostenible²³⁸:

- Código de conducta de entidades privadas
- Delito de soborno en el sector privado

Con “cobertura parcial” se incluyen, en lo que interesa:

- Contabilidad en el sector privado
- Delito de malversación y peculado en el sector privado

²³⁶ Llamarle “corrupción” a estos comportamientos implicaría una reformulación de la enunciación brindada en el Capítulo I, que constituye la más popular en la doctrina.

²³⁷ Aunque el país no es miembro de la OCDE, cualquier Estado está invitado a incorporarse a la convención. Costa Rica no lo ha hecho aún.

²³⁸ Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible 2005, p.307.

Podría parecer, a primera vista, que la corrupción en el sector privado no es cuestión que deba interesar a la Administración. Después de todo, las actividades empresariales están cobijadas bajo el principio de autonomía de la voluntad y en el tanto ninguno de los interesados perciba un daño injusto en las transacciones, el Derecho no se interesa por ellas.

Sin embargo, es claro que uno de los factores principales en la incidencia de la corrupción, es la presencia de empresarios acostumbrados a negociar -entre ellos- en formas que son prohibidas en las negociaciones con la Administración. No se puede esperar que los individuos apliquen una escala de valores en las transacciones privadas y otra en las transacciones públicas, cuando no hay diferencia en el contenido del negocio, sino sólo en las partes y los procedimientos.

Conforme con cifras de la OCDE, por ejemplo, la contratación pública es responsable por entre el 10% y el 15% de todo el Producto Interno Bruto de las naciones desarrolladas. En los países en vías de desarrollo, esa proporción alcanza hasta el 20%²³⁹. La razones para intentar lucrar con la contratación administrativa, así como con muchas otras de las funciones del Estado, son más que evidentes. Para los actores privados, la Administración plantea oportunidades y ganancias que siempre serán atractivas.

No es el objeto de esta investigación profundizar sobre la corrupción en el sector privado, ni proponer una solución a sus conflictos, sin embargo, es claro que se debe considerar abordar más activa y seriamente el manejo irregular de las empresas privadas porque, después de todo, son esas empresas privadas las que negocian con el Estado.

²³⁹ Organization for Economic Cooperation and Development 2004.

6. Acceso a la información, medios de comunicación y participación ciudadana

Como última propuesta general que esta investigación intenta añadir al debate sobre el control de la corrupción, se menciona el mejoramiento del acceso a la información pública por parte de los ciudadanos y de los medios de comunicación.

El país carece de legislación específica en esta materia. Sin embargo, ha desarrollado los principios fundamentales del acceso a la información pública con base en la copiosa jurisprudencia que la Sala Constitucional ha emitido en torno al artículo 27 de la Constitución Política²⁴⁰.

Como se señaló en el capítulo anterior, los principales hallazgos en materia de corrupción durante los últimos años no han sido revelados por los controles existentes, sino por los medios de comunicación y por denuncias ciudadanas. La prensa costarricense se califica como “libre”²⁴¹, según los parámetros de la organización Freedom House (sólo el 36% de los países del mundo reciben esa calificación). Sin embargo, el acceso de la prensa a la información pública puede aún mejorarse.

Esta propuesta se formula con una reserva: el otorgamiento de mayores libertades a la prensa, debe ir aparejado de un ejercicio responsable de esas atribuciones por parte de los medios de comunicación nacionales. En particular, debe ir aparejado de la capacidad de distinguir entre actos de corrupción (actos ilegales) y actos no-éticos (actos inmorales); entre los funcionarios que cometen los actos corruptos y la función pública que ejercen; entre los hechos constatados por los tribunales de justicia y los dictámenes emitidos por órganos que no son averiguadores de la verdad -y que buscan el apego a la ética o a la moral, no sólo a la legalidad-. Equiparar estos conceptos disímiles en la

²⁴⁰ **ARTÍCULO 27.-** Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución

²⁴¹ Freedom House 2009.

cobertura noticiosa, genera una percepción de corrupción que puede no cotejarse con la realidad y que puede resultar más bien peligrosa.

Un periodismo capaz de discriminar entre estos factores, debería ser la aspiración de cualquier expansión de la libertad de prensa. En este sentido, apuntan JARQUIN y CARRILLO-FLORES: *“Desde nuestro punto de vista, reformar el Estado y fortalecer a la sociedad civil son procesos complementarios y mutuamente reforzados. Desde esta perspectiva, algunos aspectos pueden ser vistos como particularmente relevantes. Primero, el rol de los ciudadanos (tanto los individuos como el público como un todo), los grupos comerciales, y las varias organizaciones de la sociedad civil en llevar a cabo las llamadas ‘auditorías sociales’ es crucial para el esfuerzo de combatir la corrupción. Segundo, la tarea de comprometer a la prensa con un escrutinio cercano y con crítica responsable –denunciando la deshonestidad y la ineficiencia mientras reconocen también el desempeño honesto y eficiente, logrando que aquellos que se involucren en actos de corrupción sean responsables por sus actos sin minar las instituciones mismas”*²⁴².

Sobre el tema de la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, el país ha dado pasos considerables con las contralorías de servicios que actualmente operan en las instituciones públicas. Asimismo, merece mención la aprobación de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos, el 13 de febrero de 2009, con la que, entre muchos otros supuestos, se brinda cobertura a los llamados *“whistleblowers”* (sonadores del silbato): los denunciantes de las actividades irregulares que ocurren a lo interno de la Administración²⁴³.

Se puede afirmar, en síntesis, que en el país la situación de acceso a la información pública es, materialmente, bastante abierta. Regular legislativamente la cuestión añadiría, sin embargo, seguridad jurídica al usuario y también a la Administración, pues ambos se

²⁴² JARQUIN y CARRILLO-FLÓRES 2000, p. 199.

²⁴³ La Ley No. 8422 ya contenía atisbos de esta normativa.

beneficiarían del establecimiento de reglas claras y sistemáticas para manejar las peticiones ciudadanas ante la Administración.

7. Conclusión

La lucha contra la corrupción es un proceso en constante reforma. Hasta el momento, esa reforma se ha nutrido más de las pasiones políticas que de las ciencias sociales. Sin embargo, hay experiencias nacionales e internacionales que informan en qué líneas generales pueden trazarse algunos de los cambios que la legislación de control de la corrupción puede implementar.

Esta investigación menciona seis de ellas: el tránsito de una cultura de sospecha a una cultura de responsabilidad; el control estratégico; la investigación técnica especializada; el Gobierno Digital; el control de la corrupción en el sector privado, y el acceso a la información pública por parte de los ciudadanos y los medios de comunicación nacionales.

El país debe abandonar la cultura conforme con la cual los funcionarios públicos son sospechosos y deben manejarse dentro del ámbito de procedimientos rígidos, a un sistema en donde los funcionarios sean innovadores y se manejen dentro del ámbito de un riesgo controlado, por el que deben rendir cuentas a la Administración y a la población en general.

El sistema de asignación de beneficios personales e institucionales se debe corregir para que refleje el desempeño y premie a los mejores. Desde los aumentos salariales hasta la asignación de recursos presupuestarios a los programas e instituciones públicas, es necesario generar una cultura de consecuencias *positivas* y no sólo negativas a lo interno de la Administración. Las consecuencias negativas, además, deben limitarse al ámbito del dolo y la culpa grave, de forma tal que el funcionario no perciba un riesgo potencial de ser sancionado por tomar la iniciativa.

Fortalecer la responsabilidad política y administrativa requiere, también, que la relación entre la Asamblea Legislativa y la Administración activa con la Contraloría General de la República se traduzca en un sistema de comunicación fluida, de asesoría y acompañamiento en la evaluación de las políticas públicas. De la misma manera, la Contraloría debería acompañar y acelerar el proceso de ejecución presupuestaria, en lugar de aletargarlo.

Se hace pertinente la implementación de un control estratégico, que limite las auditorías a las cuestiones de alto riesgo o de alta sensibilidad. No se trata sencillamente de trasladarle funciones de la Contraloría a las auditorías internas, sino de repensar el sistema actual de controles. En particular, debe reformarse el refrendo de la contratación administrativa.

Se sugiere, asimismo, la implementación de un sistema de investigación técnica especializada, que podría estar a cargo de la Procuraduría de la Ética Pública, que tenga la facultad de discriminar cuáles de las denuncias merecen investigación, por su carácter altamente complejo. Esas investigaciones constituirían un insumo considerable para mejorar la capacidad del Estado de sancionar los delitos contra los deberes de la función pública, que actualmente son difíciles de llevar a una condena.

Una de las propuestas más importantes es la implementación de un sistema de Gobierno Digital que integre las plataformas tecnológicas de la Administración y simplifique los procesos, en particular que reduzca los plazos. La eficacia de esta estrategia depende de la reducción de la brecha digital y del respaldo político que se le dé al Gobierno Digital.

Se recomienda solventar uno de los vacíos del control de la corrupción en Costa Rica, al incorporar normativa relativa a la corrupción en el sector privado. Esta normativa no necesariamente debe ser penal. Se puede tratar, por ejemplo, de suspensiones en el ejercicio de ciertas actividades empresariales o sanciones pecuniarias.

Finalmente, se debe brindar seguridad jurídica al acceso a la información pública por parte de la ciudadanía y los medios de comunicación, considerando que han sido estos

actores los que han detectado los principales escándalos de corrupción ocurridos en el ordenamiento nacional durante los últimos años. Un mayor acceso a la información debe ir aparejado, a su vez, de una mayor responsabilidad por parte de los medios de comunicación, encargados de denunciar los hechos y no las instituciones, y de velar porque la percepción ciudadana de corrupción se colija, en lo posible, con la realidad de la incidencia de la corrupción en el país (dos variables que hasta la fecha han estado divorciadas).

CONCLUSIÓN GENERAL

“Las tensiones entre los requisitos de la rendición de cuentas con responsabilidad y la acción ejecutiva eficaz, pueden razonablemente ser descritas como el dilema clásico de la Administración Pública”.

-Peter Self²⁴⁴-

No hay soluciones sencillas para el problema de brindar una respuesta eficaz a la corrupción. Prácticas exitosas en un rincón del orbe, resultan intrascendentes en otro. Políticas que transformaron la realidad en determinado contexto social, pierden esa capacidad al ser trasladadas a nuevos escenarios. Legislación que es promovida bajo el amparo de las más sagradas aspiraciones, entra en contradicción con otras tareas indispensables del Estado de Derecho. Lidar con los dilemas del control de la corrupción implica despojarse de la creencia de que existen beneficios gratis en la política, si tan sólo se encuentran las soluciones perfectas.

Esta investigación acepta desde el principio que se debe pagar un precio por controlar la corrupción. Y que ese precio se paga, casi siempre, con la moneda de la eficacia. Cuánto de esa inversión se realiza, y qué se obtiene a cambio en la transacción, deberían ser temas que ocupen seriamente al Derecho y a la política.

Ya que cada capítulo de la presente investigación contiene una breve conclusión que sintetiza los principales hallazgos alcanzados, se pretende aquí reflexionar sobre el tipo de Estado que Costa Rica ha construido a lo largo de las últimas décadas: un Estado en donde prima la labor de controlar por sobre la labor de ejecutar; un Estado en donde la actitud reaccionaria es más poderosa que la propositiva; un Estado en donde los

²⁴⁴ Citado por ANECHIARICO y JACOBS 1996, p.xii

procedimientos son rígidos y los resultados flexibles; un Estado que ha caído víctima del espejismo de que es posible lograr la infalibilidad.

A partir de un concepto que es volátil y caprichoso (el concepto de corrupción), se construyó un andamiaje con pretensiones de universalidad (la lucha contra la corrupción). Un andamiaje sostenido sobre la base de una función discursiva, conforme con la cual es posible erradicar la corrupción y ese objetivo debe perseguirse *“a toda costa”*.

Todos los actores políticos subieron a ese vagón discursivo, probablemente porque creyeron en sus contenidos, y probablemente también porque el costo de quedarse rezagados era —y sigue siendo— demasiado alto: nadie quiere ser visto como el opositor de la lucha contra la corrupción, porque eso se refleja pobremente sobre la imagen de la propia integridad. Más legislación sobre la ética se considera sinónimo de más ética. Más control de la corrupción se considera sinónimo de menos corrupción.

Se llega así a una actualidad en donde múltiples actores detentan poder de veto y muchos más cuentan con facultades investigativas. Una actualidad en donde un solo hecho puede producir una decena de procedimientos con sus consecuencias, aún si ninguno de ellos es judicial. Una actualidad en donde el compromiso público se demuestra con el aumento progresivo de las penas por delitos en la función. Una actualidad en donde el Derecho pasa ser un accesorio de discusiones basadas en el subjetivismo y la inexactitud de la moral. Una actualidad en donde es cada vez más difícil ejecutar eficientemente las políticas públicas. Una actualidad en donde los funcionarios son vistos como sospechosos y reciben premios por su inercia y no por su iniciativa. Una actualidad en donde la ética se ha convertido en una coartada para evitar discusiones polémicas. Y, junto con todo esto, una actualidad en donde la capacidad de prevenir, detectar y sancionar la corrupción es similar a lo que era antes de las reformas.

El control de la corrupción ha incidido sobre la calidad de la democracia costarricense al alterar el equilibrio entre los pesos y contrapesos que caracteriza al sistema democrático. Las instancias de ejecución de políticas públicas son cada vez más el *objeto* de la acción estatal, y no su *sujeto*. Controlar se ha convertido en una acción

prioritaria, una acción que, sin embargo, es precisamente un *producto* institucional y no un *resultado* palpable para la ciudadanía.

Existe una presunción de que el objetivo de la supervisión de la hacienda pública es evitar la corrupción, y no colaborar con la ejecución del gasto. En el mismo sentido, se interpreta que los controles están ahí para detectar actos indebidos, y no para asegurar que los servicios se otorguen de la mejor manera a los ciudadanos. Instituciones que son esenciales en el entramado democrático costarricense, han visto un cambio en su naturaleza jurídica, provocado por la creciente acumulación de funciones atípicas, jerarquías impropias, revisiones duplicadas, etc.

El riesgo mayor ahora es que cualquier escándalo de corrupción (o de algo que otorgue "apariencia" de corrupción), pueda generar una nueva ola legalista, que otra vez desdeñe la evaluación de las políticas actuales para implementar acciones nuevas. Lo adecuado sería que el país adoptara este período como un tiempo de transición hacia un sistema mejor, un sistema manejado ya no por la sospecha, sino por la responsabilidad que se espera de los funcionarios públicos. Un sistema que finalmente renuncie a la pretensión de revisar todo y corregir todo, y se aboque a la labor de inteligencia en la investigación. En muchos sentidos, la población costarricense y los principales actores políticos, tendrán que entender que en la Administración Pública, como en la vida, la gente que se equivoca debe pagar las consecuencias, pero es ilusorio soñar con un sistema vacunado contra el error.

Como se dijo al principio de estas conclusiones, no existe un único abordaje ni un único "set" de recomendaciones. Nueva Zelanda, que encabeza el Índice de Percepción de Corrupción de Transparencia Internacional, carece de una oficina anticorrupción. Argentina, que ocupa el puesto 106, cuenta con una oficina anticorrupción con amplias potestades. Singapur sanciona los hechos corruptos con multas elevadas y un máximo de 5 años de prisión. En Costa Rica el máximo es de hasta 12 años de cárcel. Nicaragua exige la declaración pública de bienes por parte de sus funcionarios, mientras países con baja incidencia de corrupción en el Caribe, como Barbados, no la exigen del todo.

Al final del día, las personas más capacitadas para indicar qué acciones debe adoptar la Administración Pública para mejorar su desempeño, son los administrados que reciben los productos y los resultados de ese desempeño. De ahí que el acceso de los ciudadanos a las instancias públicas es un régimen de doble vía: también el usuario debe ir forjando una cultura de retroalimentación con la Administración. Y la Administración debe ir encontrando maneras para responder a esas necesidades. Esto implica una mejora en la adaptabilidad institucional, en su capacidad de ajustarse a las demandas ciudadanas.

Como bien dijera Carlos ARGUEDAS, el Derecho Administrativo tiene ante sí retos impresionantes en materia de elaboración e interpretación de sus normas, en términos de eficiencia y eficacia. De lo contrario, *“no nos va a seguir asistiendo el derecho de seguir protestando porque la gente insiste en esquivarlo”*²⁴⁵.

Esto es, que el Derecho Administrativo, y el Derecho en general, deben hacer un esfuerzo por adaptarse a la realidad, y no pretender que sea la realidad la que se ajuste a los postulados jurídicos que una y otra vez fallan en prevenir, detectar y sancionar la corrupción. Se trata, en última instancia, de la diferencia elemental entre el ser y el deber ser. Todos quisieran contar con una realidad donde el control y la eficacia no estén en perpetua tensión; donde las normas aprobadas para combatir la corrupción rindan resultados inmediatos; donde los costos de promover la ética en la función pública sean siempre inferiores a los costos de mejorar la eficiencia pública; donde se pueda construir un sistema *“en que nadie necesite ser bueno”*. Pero esa no es la realidad.

²⁴⁵ Carlos ARGUEDAS en URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda “La pertinencia de los controles previos”, 2009.

FUENTES

Fuentes bibliográficas

ADES, Alberto, y Rafael DI TELLA. «The New Economics of Corruption: A Survey and Some New Results.» En *Combating Corruption in Latin America*, de Joseph TULCHIN y Ralph ESPACH, 15-52. Washington D.C.: The Woodrow Wilson Center Press, 2000.

ANECHIARICO, Frank, y James JACOBS. «Sobre los costos y beneficios del control de la corrupción.» *Gestión y Política Pública* (Centro de Investigación y Docencia Económicas) Vol. 10, nº 2 (2001): 321-333.

—. *The Pursuit of Absolute Integrity. How corruption control makes government ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

ANECHIARICO, Frank, y James JACOBS. «Visions of Corruption Control and the Evolution of American Public Administration.» *Public Administration Review* Vol. 54 (1994): 465-473.

BARAHONA KRUGER, Pablo. «La impunidad y la corrupción como retos a la justicia: sus correlaciones e implicaciones.» *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho*. San José: Universidad de Costa Rica, 2002.

BEERS, Robert. «Régimen jurídico de la ética en la función pública.» *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho*. San José: Universidad de Costa Rica, 2002.

CASTILLO VÍQUEZ, Fernando. «La aprobación del Código Procesal Contencioso Administrativo (CPCAD) y la posición de la Administración Pública frente a los desafíos que impone un mundo globalizado e interdependiente.» *Conversatorio*. San José: Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 13 de junio de 2006.

Center for Public Integrity. *Global Integrity Report*. Washington D.C.: Public Integrity, 2007.

COCCILOLO, Edrius. «Las mutaciones del concepto de corrupción.» *Revista de Lengua i Dret*, nº No. 50 (2008): 17-51.

Contraloría General de la República. *Memoria Anual 2005*. San José: Contraloría General de la República, 2006.

Contraloría General de la República. *Memoria Anual 2006*. San José: Contraloría General de la República, 2007.

Contraloría General de la República. *Memoria Anual 2007*. San José: Contraloría General de la República, 2008.

Contraloría General de la República. *Memoria Anual 2008*. San José: Contraloría General de la República, 2009.

CORDOVEZ, Carlos, y Julio JURADO. «Estado de Derecho.» En *Democracia estable ¿alcanza? Análisis de la gobernabilidad en Costa Rica*, de Miguel GUTIERREZ SAXE y Fernando (editores) STRAFACE, p.67-96. Washington D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2008.

Corporación Latinobarómetro. *Informe Latinobarómetro 2008*. Santiago: Coporación Latinobarómetro, 2008.

Corporación Latinobarómetro. *Informe Latinobarómetro 2009*. Santiago: Corporación Latinobarómetro, 2009.

CUBILLO MIRANDA, Juan Carlos. «Reflexiones sobre la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito.» *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica, Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal*, nº 9 (2006): 7-14.

Defensoría de los Habitantes. «Competencia y Responsabilidades.» *Sitio web de la Defensoría de los Habitantes*. 2009. <http://www.dhr.go.cr/acerca-respon.html> (último acceso: 15 de 11 de 2009).

DEL CASTILLO, Arturo. «Medición de la corrupción: un indicador de la rendición de cuentas.» *Serie: Cultura de la Rendición de Cuentas*. nº 5. México D.F.: Auditoría Superior de la Federación.

DÍAZ GÓMEZ, Álvaro. «Ética y corrupción: lo público y la democracia.» *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales* (Universidad Autónoma de México), 2003: 141-151.

ESQUIVEL SOTO, Yara. «Control de la corrupción en el sistema costarricense.» *Cuadernos de Estudio del Ministerio Público, Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal* Vol.8 (2004): 83-99.

Estrategia Digital del Gobierno de Chile. *Estrategia Digital del Gobierno de Chile: quienes somos*. 2010. <http://www.estrategiadigital.gob.cl/node/121> (último acceso: 5 de Enero de 2010).

FRITZEN, Scott. «Beyond the "political will": how institutional context shapes the implementation of anticorruption policies.» *Policy and Society* Vol.3 (2005): 53-96.

GALTUNG, Fredrik. «Measuring the inmensurable: boundaries and functions of (Macro) Corruption Indices.» En *Measuring Corruption*, de Charles J.G. SAMPFORD, 101-130. Aldershot: Ashgate Publishing Ltd., 2006.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. «Acerca del concepto de corrupción.» En *Poder, derecho y corrupción*, de Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ, 19-44. México D.F.: Siglo XXI, 2003.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto y otros. *Poder, Derecho y Corrupción*. México D.F.: Instituto Federal Electoral, 2003.

GRAF LAMBSDORFF, Johann. «The Methodology of the Corruption Perceptions Index 2008.» *Transparency International*. Agosto de 2008. http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi (último acceso: Junio de 2009).

GRAY, Cheryl, y Daniel KAUFMANN. «Corruption and Development.» *Finance & Development*, 1998: p.7-10.

HEIDENHEIMER, Arnold, y Michael JOHNSTON. *Political Corruptionl. Concepts and Contexts*. New Jersey: Transaction Publishers, 2001.

HENNING, Peter. «Public Corruption: A comparative analysis of international corruption conventions and United States Law.» *Arizona Journal of International and Comparative Law* Vol.18, nº No.3 (2001): 793-865.

HERNÁNDEZ DÍAZ, Analucía. «Criterios para la construcción de indicadores sobre corrupción en Costa Rica.» *Presencia Universitaria* (Oficina de Divulgación e Información de la Universidad de Costa Rica), nº N. 84 (2004): 24-25.

Instituto Nacional de Estadística y Censos. «Encuesta de Hogares de Propósitos Múltiples: Cifras Básicas sobre Fuerza de Trabajo.» *sitio web del Instituto Nacional de Estadística y Censos*. Julio de 2008. <http://www.inec.go.cr/IndexPantallaSet.htm> (último acceso: Junio de 2009).

JARQUIN, Edmundo, y Fernando CARRILLO-FLÓRES. «The complexity of anticorruption policies.» En *Combating Corruption in Latin America*, de Joseph TULCHIN y Ralph ESPACH, 193-201. Washington D.C.: The Woodrow Wilson Center Press, 2000.

JOHNSTON, Michael, y Karla PANIAGUA. «Es posible medir la corrupción, ¿pero es posible medir su reforma?» *Revista Mexicana de Sociología* (Universidad Nacional Autónoma de México) Vol. 67, nº No. 2 (Abril-Junio 2005): 357-377.

KAUFMANN, Daniel. «Corrupción y reforma institucional: el poder de la evidencia empírica.» *Perspectivas en Política, Economía y Gestión* Vol.3, nº 2 (2000): 367-387.

KLITGAARD, Robert. «Combatiendo la corrupción. Información e incentivos.» *Nueva Sociedad*, nº 145 (1996): 56-65.

KLITGAARD, Robert. «Cómo controlar la corrupción.» *Revista INCAE* Vol. 3, nº 2 (1990): 69-80.

—. *Controlling Corruption*. Los Angeles: University of California Press, 1991.

—. *Corrupt cities: a practical guide to cure and prevention*. Washington D.C.: Institute of Contemporary Studies Press, 2000.

KRAAY, A., D. KAUFMANN, y M. MASTRUZZI. «Governance Matters 2009. Worldwide governance indicators 1996-2008.» *Sitio web del Banco Mundial*. 2009. http://info.worldbank.org/governance/wgi/sc_chart.asp (último acceso: 6 de Enero de 2020).

KRASTEV, Iván. «Anticorruption rethoric and reform policies.» *Centre for Liberal Strategies*, 1997.

MACKENZIE, Calvin G. *Scandal proof. Do Ethics Laws make Government Ethical?* Washington D.C.: Brookings Institution Press, 2002.

MATA SÁNCHEZ, Sianny. «Las acciones preventivas de política criminal contra la corrupción del servidor público en Costa Rica y el tratamiento diferenciado del instituto de la prescripción de la acción penal en materia de delitos contra la función pública: análisis de la Ley...» *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho*. San José: Universidad de Costa Rica, 2004.

MESSICK, Richard. «Income and assets declarations: issues to consider in developing a disclosure regime.» *U4 Anticorruption Resource Centre*. 2009. <http://www.cmi.no/publications/file/3396-income-and-assets-declarations.pdf> (último acceso: 25 de 12 de 2009).

Ministerio de Agricultura y Ganadería. *Memoria Anual 2008*. San José: Ministerio de Agricultura y Ganadería, 2009.

Ministerio de Justicia y Gracia. *Memoria Institucional de Labores 2008-2009*. San José: Ministerio de Justicia y Gracia, 2009.

Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica. «Metodología para la determinación de necesidades de apoyo para el Programa de Brigadas de Apoyo al Sector Municipal.» *Sitio web de MIDEPLAN*. 30 de Abril de 2009. www.mideplan.go.cr/component/option,com_docman/task,doc_view/gid,295/ (último acceso: 4 de 11 de 2009).

Ministerio Público de Costa Rica. «Memorias Anuales del Ministerio Público de Costa Rica.» *Sitio web del Ministerio Público de Costa Rica*. 2009. <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/> (último acceso: Junio de 2009).

—. «Reseña Histórica.» *Sitio web del Ministerio Público*. 2009. <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/informacion/Resena%20Historica.html> (último acceso: 10 de 12 de 2009).

MORENO OCAMPO, Luis. *En Defensa Propia. Cómo salir de la corrupción*. Buenos Aires: Sudamericana, 1993.

MORENO OCAMPO, Luis. «Structural Corruption and Normative Systems: The Role of Integrity Pacts.» En *Combating Corruption in Latin America*, de Joseph TULCHIN y Ralph ESPACH, 53-70. Washington D.C.: The Woodrow Wilson Center Press, 2000.

Observatorio de la Democracia en Centroamérica. *Primer Informe Centroamericano de Gobernabilidad Jurídica e Institucional -2007*. San José: Asociación Estudios para el Futuro, 2007.

Oficina Anticorrupción del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos del Gobierno de Argentina. *Organismos de lucha contra la corrupción: Informe sobre agencias estatales de lucha contra la corrupción en el continente americano*. Buenos Aires: Oficina Anticorrupción, 2009.

ORCES, Diana. «Victimización por corrupción por empleados públicos.» *Perspectivas del barómetro de las Américas*, 2009: p.1-5.

Partido Acción Ciudadana. «Partido: Nuestro Estatuto.» *sitio web del Partido Acción Ciudadana*. 2000. <http://sitio.pac.cr/sites/default/files/ESTATUTO%20PAC%202008.pdf> (último acceso: junio de 2009).

PLATÓN. *La República*. Volumen No.26 de Los Clásicos de Grecia y Roma. Biblioteca básica universal. Madrid: Alianza Editorial, 1998.

Poder Judicial. *Estadísticas Judiciales, Anuario 2003*. San José: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2004.

Poder Judicial. *Estadísticas Judiciales, Anuario 2004*. San José: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2005.

Poder Judicial. *Estadísticas Judiciales, Anuario 2005*. San José: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2006.

Poder Judicial. *Estadísticas Judiciales, Anuario 2006*. San José: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2007.

Poder Judicial. *Estadísticas Judiciales, Anuario 2007*. San José: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2008.

Poder Judicial. *Estadísticas Judiciales, Anuario 2008*. San José: Departamento de Planificación, Sección de Estadística del Poder Judicial de la República de Costa Rica, 2009.

Procuraduría General de la República. «Reseña Histórica.» *Sitio web de la Procuraduría General de la República*. 2007. http://www.pgr.go.cr/Informacion_General/historia.html (último acceso: 13 de 11 de 2008).

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). *A User's Guide to Measuring Corruption*. Oslo: UNDP Oslo Governance Centre, 2008.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. *Decimocuarto Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (2007)*. San José: Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, 2008.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. *Décimoprimer Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (2004)*. San José: Programa Estado de la Nación, 2005.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. *Decimoquinto Informe del Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible (2008)*. San José: Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, 2009.

Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. *Estado de la Región en Desarrollo Humano Sostenible 2008*. San José: Programa Estado de la Nación, 2008.

RABOTNIKOF, Nora. «Corrupción política: definiciones técnicas y sentidos sedimentados.» En *Poder, derecho y corrupción*, de Miguel CARBONELL y Rodolfo VÁZQUEZ, 45-122. México D.F.: Siglo XXI, 2003.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. 2009. <http://www.rae.es/rae.html> (último acceso: 12 de Junio de 2009).

ROBERTS, Robert, y Marion DOSS. *From Watergate to Whitewater. The public integrity war*. Connecticut: Editorial Praeger, 1997.

RODRÍGUEZ VADO, Eric y otros. «Evaluación del proceso de concesión de obra pública en Costa Rica, en el caso concreto de la Autopista Bernardo Soto Alfaro y la aplicación del modelo de rendición de cuentas para su efectividad.» *Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Administración Pública*. San José: Universidad de Costa Rica, 1999.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and Government. Causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

—. *Rethinking the progressive agenda. The reform of the American Regulatory State*. New York: The Free Press, 1992.

RUFFNER, Michael, y Joaquín SEVILLA. «Public Sector Modernisation: Modernising Accountability and Control.» *OECD Journal on Budgeting* Vol. 4, nº No. 2 (2004): p.123-141.

SÁENZ CARBONELL, Jorge Francisco. *Elementos de Historia del Derecho*. Heredia, 2003.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. «Estadísticas.» *Sitio Web de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia*. 2009. <http://www.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/> (último acceso: 6 de Enero de 2010).

SOLANA, Emilio. «Informe Final: Administración de Justicia.» En *Décimoprimer Informe Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible*, de Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. San José, 2005.

SUÁREZ, Francisco, y Marcela JABBAZ. «Hacia una política de control de la corrupción.» *La Gaceta de Económicas* (Universidad de Buenos Aires) Vol. 9 (2001).

THORNBURGH, Dick. «Los costos de la corrupción oficial.» *Revista de pensamiento actual*/Vol.48, nº 286 (2006): 20-25.

Transparency International. *Corruption Perceptions Index*. 2008.
http://www.transparency.org/news_room/in_focus/2008/cpi2008/cpi_2008_table
(último acceso: 10 de Junio de 2009).

—. «Corruption Perceptions Index.» 2009.

http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2009 (último acceso: 23 de Diciembre de 2009).

—. *Informe del Barómetro Global de la Corrupción 2009*. Berlín, 2009.

Tribunal Supremo de Elecciones. «Información electoral/Datos Estadísticos Elecciones 1953-1998, Datos Estadísticos Elecciones 2002, Datos Estadísticos Elecciones 2006.» *Página del Tribunal Supremo de Elecciones*. 2009.

http://www.tse.go.cr/datos_estadisticos.htm (último acceso: Junio de 2009).

TULCHIN, Joseph, y Ralph ESPACH. *Combating corruption in Latin America*. Washington D.C.: Woodrow Wilson Center Press, 2000.

VARGAS CULLEL, Jorge. «La eficacia de la gestión pública de Costa Rica.» *XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Santo Domingo: CLAD, 2007.

VOLIO CORDERO, Kathia. «Los principios de la contratación administrativa, un análisis del voto No. 998-98 de la Sala Constitucional.» *Revista Jurídica de Seguridad Social*, nº No.13 (2004): P.13-24.

WARREN, Mark E. «What Does Corruption Mean in a Democracy?» *American Journal of Political Science* (Midwest Political Science Association) Vol.48, nº No.2 (Abril 2004): 328-343.

World Economic Forum. *The Global Competitiveness Report 2009-2010*. Ginebra: World Economic Forum, 2009.

ZIMRING, Franklin, y David JOHNSON. «On the comparative study of corruption.»
British Journal of Criminology, 2005: p. 1-17.

Normativa

Nacional

- Código Penal, Ley No. 4573 del 4 de mayo de 1970.
- Ley General de la Administración Pública, Ley No. 6227 del 2 de mayo de 1978.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Ley No. 6815 del 27 de septiembre de 1982.
- Ley sobre el Enriquecimiento Ilícito de los Servidores Públicos NO VIGENTE, Ley No. 6872 del 17 de junio de 1983.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 del 11 de octubre de 1989.
- Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, Ley No. 7319 del 17 de noviembre de 1992.
- Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Ley No. 7428 del 7 de septiembre de 1994. Junto con ella, el proyecto *Reformas a varios artículos de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y sus reformas*, expediente legislativo No. 10150.
- Ley de Contratación Administrativa, Ley No. 7494 del 2 de mayo de 1995.
- Código Procesal Penal, Ley No. 7594 del 10 de abril de 1996.
- Reforma al artículo 11 de la Constitución Política para incluir la rendición de cuentas, Ley No. 8003 del 8 de junio de 2000.

-Ley de Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley No. 8131 del 18 de septiembre de 2001.

-Ley de Protección al ciudadano del exceso de requisitos y trámites administrativos, Ley No. 8220 del 4 de marzo de 2002.

-Ley de creación de la Fiscalía Penal de Hacienda y de la Función Pública, Ley No. 8221 del 8 de marzo de 2002.

- Ley de creación de la Procuraduría de la Ética Pública, Ley No. 8242 del 9 de abril de 2002.

-Ley de creación de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública, Ley No. 8275 del 6 de mayo de 2002.

- Ley General de Control Interno, Ley No. 8292 del 31 de julio de 2002.

-Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública, Ley No. 8422 del 6 de octubre de 2004.

-Código Procesal Contencioso-Administrativo, Ley No. 8508 del 28 de abril de 2006.

-Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del año 2007, Ley No. 8562 del 7 de diciembre de 2006.

-Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del año 2008, Ley No. 8627 del 30 de noviembre de 2007.

-Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del año 2009, Ley No. 8691 del 10 de diciembre de 2008.

-Ley de Presupuesto Ordinario y Extraordinario de la República para el Ejercicio Económico del año 2010, Ley No. 8790 del 8 de diciembre de 2009.

Estatutos:

-Partido Liberación Nacional. Estatuto. Aprobado en Asamblea Nacional celebrada el 29 de abril de 1994.

-Partido Acción Ciudadana. Estatuto. Aprobado en Asamblea Nacional celebrada el 3 de diciembre de 2000.

-Partido Movimiento Libertario. Estatuto. Sitio web del Tribunal Supremo de Elecciones.
<http://www.tse.go.cr/pdf/estatutos/movimientolibertario.pdf>

-Partido Unidad Social Cristiana. Estatuto. Sitio web del Partido Unidad Social Cristiana.
<http://www.pusc.co.cr/index.php/la-unidad/estatutos.html>

Internacional

-Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996 e incorporado al ordenamiento costarricense mediante Ley No. 7670 del 17 de abril de 1997.

-Convención de la OCDE contra el soborno, suscrita por varios miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, el 17 de diciembre de 1997.

-Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, incorporado al ordenamiento costarricense mediante Ley No. 8557 del 29 de noviembre de 2006.

-Código Penal Alemán del 15 de mayo de 1871 y sus reformas.

Resoluciones y pronunciamientos

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Opinión Jurídica 001 del 12 de enero de 1998.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 2934-93 del 22 de junio de 1993.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 1707-95 del 28 de marzo de 1995.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Resolución No. 998-98 del 16 de febrero de 1998.

Entrevistas

ACOSTA ZUÑIGA, Marta. Subcontralora General de la República. Entrevista personal sobre el control de la corrupción y el gasto público, y el papel que juega la Contraloría General de la República. Realizada el 15 de julio de 2009.

CORTÉS CHAVES, Miguel. Procurador de la Ética Pública. Entrevista personal sobre el control de la corrupción y las atribuciones de la Procuraduría de la Ética Pública. Realizada el 6 de julio de 2009.

SOLERA VÍQUEZ, José Antonio. Consultor de la empresa Arisol Consultores. Entrevista personal sobre el control de la corrupción y el gasto público. Realizada el 3 de abril de 2008.

VARGAS CULLEL, Jorge. Director Adjunto del Programa Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible. Entrevista personal sobre la metodología para la realización de la presente investigación. Realizada el 27 de marzo de 2008.

Publicaciones en medios de circulación nacional

-*Periódico La Nación*, ediciones: 12 de febrero de 2001; 14 de agosto de 2001; 20 de noviembre de 2001; 9 de enero de 2002; 14 de enero de 2002; 1 de enero de 2008; 16 de noviembre de 2007; 18 de diciembre de 2008; 7 de septiembre de 2007; 10 de septiembre de 2007; 12 de septiembre de 2007; 18 de septiembre de 2007; 22 de septiembre de 2007; 25 de septiembre de 2007; 19 de noviembre de 2007; 20 de noviembre de 2007; 6 de diciembre de 2007; 31 de mayo de 2008; 22 de septiembre de 2008; 30 de marzo de 2009; 20 de abril de 2009; 28 de mayo de 2009; 8 de julio de 2009; 28 de octubre de 2009; 20 de noviembre de 2009.

-*Diario Extra*, ediciones: 4 de enero de 2007; 4 de enero de 2010.

-*Periódico La Prensa Libre*, edición del 2 de septiembre de 2009.

-*Semanario Universidad* edición del 6 de septiembre de 2007.

Otras fuentes

URCUYO FOURNIER, Constantino (MODERADOR). Mesa redonda "*La pertinencia de los controles previos*", organizada por la Contraloría General de la República en el marco de su 60 Aniversario. 9 de septiembre de 2009. Expositores: ARGUEDAS, Carlos; CASAS, Kevin; CHAVES, Javier, y PIZA, Rodolfo.