

# **EL DAÑO SOCIAL EN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN**

## **Una propuesta de análisis**

# **EL DAÑO SOCIAL EN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN**

## **Equipo de Dirección**

Gerardo Andrés Hernández. Director Ejecutivo  
Marcela Restrepo Hung. Directora de Gestión del Conocimiento

## **Equipo de Investigación**

### **Corporación Transparencia por Colombia**

José Fernando Gómez Rojas. Consultor  
Agustín Ibarra Salas. Coordinador de Línea Estratégica  
Ángela Castro. Profesional Asistente

### **Consultores**

Pedro Gomes Pereira  
Juanita Olaya  
Luis Jorge Garay Salamanca. Fundación Vortex  
Eduardo Salcedo-Albarán. Fundación Vortex  
Guillermo Macías Fernández. Fundación Vortex

Este proyecto se realizó con el apoyo de la Embajada de Suecia y la Fundación Panamericana para el Desarrollo - FUPAD

Bogotá, diciembre de 2018

## ÍNDICE GENERAL

<b>I.</b>	<b>PRÓLOGO</b>	<b>4</b>
<b>II.</b>	<b>DOCUMENTO DE ENFOQUE: Daño Social relacionado con delitos de corrupción.</b> Por: Pedro Gomes Pereira	<b>16</b>
<b>III.</b>	<b>INFORME DE LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA Y BÚSQUEDA DE LA INDEMNIZACIÓN.</b> Por: Jose Fernando Gómez Rojas y Agustín Ibarra Salas	<b>39</b>
<b>IV.</b>	<b>EL DAÑO SOCIAL DE ACTOS DE CORRUPCIÓN Y SU REPARACIÓN INTEGRAL.</b> Análisis, identificación y cálculo de daños causados por algunas modalidades de corrupción. Propuesta metodológica y estudio de caso. Por: Luis Jorge Garay Salamanca, Eduardo Salcedo-Albarán, Guillermo Macías Fernández	<b>86</b>

## I. PRÓLOGO

Hablar de reparar el *daño social* que ocasionan los hechos de corrupción, es un asunto nuevo en Colombia y ha constituido el centro de atención del presente proyecto.

Este documento toma como punto de partida que, en Colombia, el sistema judicial ha privilegiado un enfoque circunscrito a una sanción penal para los grandes casos de corrupción, sin que esto haya llevado a una disminución de estas conductas delictivas, ni a recuperar los activos obtenidos de manera ilícita y, mucho menos, a que las víctimas de la corrupción sean adecuadamente reparadas.

En ese sentido, se hace necesario delimitar el concepto de daño social, así como el de corrupción, en tanto que las claridades conceptuales permiten reducir el margen de error a la hora de analizar si la normatividad y la institucionalidad colombiana pueden constituirse en terreno fértil para reconocer un tipo de daño particular, que no ha sido tenido en cuenta.

Así las cosas, reparar el daño social generado por actos de corrupción supone abordar, de manera preliminar, asuntos tales como i) identificar cuáles son los intereses de la sociedad, que el Derecho se encarga de proteger y que son afectados con un acto de corrupción; ii) quiénes constituyen el sujeto colectivo denominado *sociedad*; iii) quiénes son los responsables de reparar a la sociedad por la comisión de actos de corrupción; iv) quién representa a la sociedad para reclamar una reparación integral; y v) qué tipo de conductas concretamente afectan a la sociedad.

También se hace necesario analizar: vi) de qué manera se puede reconocer, acreditar, valorar y tasar una reparación a la sociedad por los daños causados por los hechos de corrupción, y vii) conocer qué experiencias internacionales pueden destacarse y que puedan servir de referente al presente estudio.

Con el propósito de abordar las anteriores preguntas, durante el proyecto se elaboraron tres documentos: el primero, tuvo como objetivo presentar un marco conceptual y contextual acerca del concepto de daño social en los actos de corrupción, así como presentar las experiencias internacionales relevantes en la materia. El segundo documento presentó el contexto normativo e institucional colombiano, de manera que pudiera explorarse una posible ruta jurídica para introducir el concepto de daño social en actos de corrupción. Finalmente, en un tercer documento se exploran posibles abordajes metodológicos para proponer una taxonomía de la corrupción en el país, y una metodología de tasación de los daños ocasionados por la corrupción.

El lector de los tres documentos tendrá la oportunidad de contrastar abordajes conceptuales relativamente diferenciados, en tanto que la elaboración de los mismos estuvo a cargo de consultores con enfoques particulares, en parte por su experiencia profesional previa. Esto trae como ventaja tres escenarios posibles de entendimiento de las afectaciones que implica la corrupción.

Por ejemplo, el primer documento titulado “**Documento de enfoque: daño social relacionado con delitos de corrupción- conceptualización, contextualización y reseña de las experiencias internacionales identificadas**”, estuvo bajo el liderazgo de Pedro Gomes Pereira, abogado consultor internacional en asuntos relacionados con la lucha anticorrupción y la recuperación de activos, y complementado por el equipo de Transparencia por Colombia.

En este documento se hace una aproximación al concepto de acto jurídico, daño, y reparación del daño. Para empezar, se propone una definición de corrupción ligada a la noción de *acto jurídico ilícito*.

Partiendo de las nociones de licitud, validez y eficacia de los actos jurídicos, propias de la teoría general del derecho, se sostiene que la *validez* determinará la nulidad o anulabilidad del acto jurídico; será nulo el acto jurídico cuyo objeto o motivo determinante común sea ilícito. Por otro lado, será anulable el acto jurídico que resulte de un vicio resultante de error, coacción, violencia o intimidación.

En casos de corrupción, un acto de corrupción, por su propia definición, podría entenderse como un *acto jurídico inválido* y, por esa razón, podrá ser nulo o anulable. Será nulo el acto de corrupción cuando su objeto o motivo común sea algo ilícito, como el abuso del poder público para que una o ambas partes, en beneficio propio, se enriquezcan sin justa causa. Pero el acto de corrupción podrá ser *anulable* cuando, por ejemplo, resulte de un error de una de las partes. Así será el caso de un contrato público firmado para la construcción de un puente en el que la autoridad pública desconoce, en buena fe, del abuso del poder de un tercero para beneficio propio.

Luego, se plantean unas generalidades en materia de derecho de daños, para llegar al concepto de la “transindividualidad”. Al respecto, se aclara la diferencia entre el interés público del interés privado, y este último puede ser primario o secundario. La relevancia de esta conceptualización radica en la protección que se encuentra en el Derecho del interés social (como un interés transindividual); es decir, el interés de la sociedad, vista en su conjunto, como un estadio necesario para discutir acerca del daño social.

Posteriormente, se presentan unas precisiones con respecto a las tipologías de intereses transindividuales, a saber, derechos individuales (homogéneos), colectivos y difusos. Así mismo, se propone entender la noción del daño social como una categoría de daño moral colectivo.

Adicionalmente, en el documento de enfoque se realiza una breve aproximación a la noción de corrupción, y a los conceptos de legitimación por activa y por pasiva.

Finalmente, el documento presenta cómo el derecho internacional ha regulado este fenómeno, y se mencionan las experiencias comparadas de Italia, Brasil, Costa Rica, España y Francia.

Por su parte, el segundo documento elaborado en el marco del proyecto se tituló **“Informe de la política criminal colombiana y búsqueda de la indemnización del daño social en los delitos relacionados con corrupción”**, y estuvo bajo el liderazgo del equipo coordinador del proyecto en Transparencia por Colombia, a cargo de Jose Fernando Gómez Rojas y Agustín Ibarra Salas.

Este documento buscó explorar, de manera sucinta, el repertorio normativo e institucional disponible en el país, de cara a una futura discusión sobre la pertinencia y la viabilidad del reconocimiento del daño social, como un daño particular, ocasionado por hechos de corrupción.

En este documento se cuestiona si el daño social es un daño como los otros, es decir, un daño al cual es posible atribuir una dimensión patrimonial (medible vía daño emergente y lucro cesante) y una extra patrimonial.

Para ello, se menciona que el Estado colombiano cuenta con una producción jurisprudencial muy relevante en la Corte Suprema de Justicia y, sobre todo, en el Consejo de Estado, desde donde se han reconocido nuevos tipos de daño extrapatrimonial: el perjuicio fisiológico, a la vida en relación, por vulneración de bienes jurídicos constitucionales, o el daño a la salud.

Se indica que el reconocimiento de estas nuevas tipologías de daño no ha sido inmediato; al contrario, cada una ha pasado por un camino de "acreditación" o de "certificación", hasta que es finalmente acogida por la jurisprudencia y genera precedente judicial.

Así las cosas, se explora que, en materia de daño social, este podría entenderse como un daño a un sujeto colectivo, quedando por resolver si bajo los criterios ordinarios y ya aceptados jurisprudencialmente de daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

En caso de ser así, ¿cómo entender a ese colectivo denominado *sociedad*? La discusión sobre qué debe entenderse por sociedad es una discusión inicialmente sociológica. Jurídicamente hablando, hablar de la sociedad ¿es hablar de un colectivo difuso, representando intereses difusos, y por ende no determinables ni individualizables, o, por el contrario, podría ser un colectivo determinable, representando lo que podría denominarse interés colectivo o interés social, como por ejemplo los reconocidos vía Ley 472 sobre acciones populares y de grupo? ¿Se trata de un colectivo con nombre sociedad, pero podría ser también un daño contra cualquier agente que represente los intereses de la sociedad, como por ejemplo, una empresa estatal?

Como los derechos difusos son aquellos que no están en cabeza de una asociación que los proteja, mientras los colectivos sí lo están, esta es una discusión relevante para abordar los daños sociales en sede judicial.

A continuación, el documento acude al desarrollo que se ha dado en Colombia en materia de las victimizaciones masivas, con ocasión del conflicto armado: desplazamientos forzados y otros hechos victimizantes, en los que se han reconocido sujetos colectivos vía Ley de Víctimas: *comunidad, grupo y organización*. También en los fallos de Justicia y Paz se reconocieron afectaciones a sujetos colectivos.

En este segundo documento se invita a definir el colectivo “afectado” denominado “sociedad” en casos concretos, pues la visión de Transparencia por Colombia es que no es un concepto pacífico, al no ser homogéneo.

Cuando se entra a explorar de qué intereses estamos hablando cuando se alude a daño social por hechos de corrupción, es necesario delimitar cuáles son los intereses jurídicamente protegidos por el derecho, cuando hablamos de “la sociedad”. Si esto no se define, no podrá acreditarse al menos en sede judicial, un perjuicio concreto a la sociedad, así como tampoco podrá valorarse ni tasarse una eventual reparación.

Por tanto, pareciera necesario definir al menos inicialmente cuáles son los bienes que tutela el derecho, cuando se habla de la sociedad, y se ven afectados con actos de corrupción, para lo cual el caso costarricense puede tomarse como referente. En efecto, Costa Rica lo ha hecho definiendo su contrario; su antítesis: daño social es lo que se produce cuando se afecta el bienestar social. Y bienestar social lo ha definido como “*el conjunto de sentimientos de satisfacción material e inmaterial que producen en las personas y colectividades una serie de condiciones que influyen en la calidad de vida y que no pueden reducirse únicamente al nivel de renta (ingresos económicos), sino que incluye otras dimensiones importantes de la existencia humana como la salud, la educación, los servicios, la infraestructura, la vivienda, la seguridad, la justicia, el entorno, entre otros*”.

Entra este documento a explorar en qué instrumento normativo colombiano se tiene una definición similar, para lo cual se acude a la Constitución Política de 1991.

A continuación, el documento se centra en el acto de corrupción, pues para entender cuál es el daño social que genera la corrupción, se necesita precisar qué se va a entender como tal. Al respecto, ya hay, en Colombia, conductas que se desarrollan en tipos penales y a su vez adoptan los tratados ratificados en la materia.

En Colombia, la mayoría de los tipos penales generalmente asociados a la corrupción se encuadran en los “delitos contra la administración pública”, pero también hay otros tipos penales.

El objeto jurídico, lo que tutela el ordenamiento jurídico en estos casos, es la probidad y la honestidad del ejercicio de la actividad estatal por parte de los servidores públicos; la igualdad de los ciudadanos ante la administración; la legalidad e imparcialidad en el servidor público; el principio de la legalidad de la actividad estatal; la rectitud en el ejercicio de la función pública; y el patrimonio estatal. Por tanto, la víctima de estos delitos, el sujeto pasivo, es el Estado. Por eso pareciera insuficiente esta línea de pensamiento, pues de lo que se trata es no solo de reconocer las afectaciones a la administración pública (al Estado), sino también a la sociedad.

La Corte Constitucional (2012) ya ha establecido que “*La corrupción es una de las principales amenazas contra el Estado social de Derecho, pues vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública: (...) la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, (...) reduce la inversión, aumenta los costos económicos, disminuye las tasas de retorno y obstaculiza el comercio internacional, aumentando los precios de los bienes y servicios y reduciendo su volumen y calidad (...) facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos (...) eliminación de la competencia, (...) afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública (...)*”. En síntesis, afecta bienes jurídicamente tutelados por el derecho, más allá de tener al Estado como sujeto pasivo; la sociedad misma también se ve afectada.

Es claro que, entre más complejicemos la definición de *corrupción*, más posibilidades de daño social habrá y, consecuentemente, más dificultades de medirlo, de tasarlo y de repararlo.

Con todo, en este documento Transparencia por Colombia propone con claridad una visión de la corrupción en sentido amplio. O, al menos, más allá del mero soborno. Más allá incluso del derecho penal. Porque como hemos visto, los intereses que se afectan, son más que los que se prevén en el Código Penal. Se trata de explorar una criminología que vea más allá de las conductas *prohibidas*.

Ahora bien, esto supone que, de manera consecuente, la “oferta institucional” disponible en el Estado colombiano en materia de recursos judiciales disponibles, sea suficiente. No solo debería permitir investigar, juzgar y sancionar penalmente/disciplinariamente/fiscalmente a los corruptos y a todos los que, de una u otra manera se hayan beneficiado de los actos corruptos, sino también reconocer, tasar y ordenar una reparación integral al colectivo *sociedad*.

En cuanto a los agentes corruptores, es decir, el sujeto activo de la relación, los responsables de reparar, se reconoce el principio de la *responsabilidad*, con base en la teoría clásica del derecho de daños: quien genera un daño, debe repararlo. Es decir, se trataría de las personas individuales (naturales y jurídicas) que, en diferentes niveles, hayan cometido las conductas asociados, hayan facilitado la comisión de dichos actos, o se hayan beneficiado directa o indirectamente de los mismos. Así mismo, los niveles de participación deben ser plenamente identificados, de manera que el deber de reparar sea consecuente y proporcional.

La oferta estatal en este caso suele ocurrir en escenarios de investigación penal, disciplinaria y fiscal. Este documento sugiere incluir adicionalmente las instancias de justicia transicional vigentes.

Adicionalmente, en este segundo documento, con respecto a la reparación integral, Transparencia por Colombia sugiere que la acción de reparación directa podría ser un

mecanismo adecuado de acceso a la justicia, con el fin de obtener una reparación debida por parte de la Administración, pues los actos de corrupción suelen involucrar a agentes estatales.

En sede de reparación directa, el daño antijurídico se relaciona con “el daño que no debe ser soportado por la víctima” y, en tal virtud, es el Estado, a través de sus autoridades, quien debe garantizar el resarcimiento de la afectación a un bien jurídicamente protegido; en este caso, sería necesario acreditar la comisión de un daño antijurídico en contra del colectivo sociedad. Luego será necesario atribuir un vínculo entre el daño y la acción u omisión del agente estatal. El sujeto activo en este proceso sería el Estado. El daño causado a la sociedad, podría ser también patrimonial y extrapatrimonial.

Ahora bien, ¿cómo reparar el componente extrapatrimonial del daño social?

En el documento en mención, con base en la sentencia de unificación jurisprudencial de agosto de 2014 del Consejo de Estado, existen bases jurídicas para pensar en una reparación del daño social. En efecto, el Consejo de Estado reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales: i) el perjuicio moral, ii) la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados y iii) el daño a la salud -perjuicio fisiológico o biológico-, derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Al respecto, se sugiere que es jurídicamente viable entender al daño social dentro de la categoría de la “afectación o vulneración relevante de bienes/derechos amparados por la Constitución y la Convención Americana de DDHH”, por ejemplo, los que definió la Corte Constitucional en el caso de la corrupción.

También se sostiene que las acciones populares podrían ser terreno fértil para la acreditación de daño social, en los casos de corrupción, pues el derecho colombiano establece que estas se dan para proteger los derechos colectivos. Para efectos probatorios, el daño social podría tener una mejor posibilidad, si se amplía el universo de legitimados para exigir la reparación *en nombre de* la sociedad: por ejemplo, asociaciones de vecinos o de defensores del medio ambiente. Con todo, debe aclararse que las acciones populares no tienen vocación indemnizatoria.

Vale la pena mencionar la puesta en escena de esquemas sancionatorios a cargo de las superintendencias en Colombia. Las facultades de investigación y sanción de las superintendencias constituirán a futuro un escenario fundamental para aclarar y valorar las afectaciones la sociedad, así como identificar responsables. Una vez más, es claro que la sanción no debe equipararse a reparación integral del daño. Y en eso ya hay un aprendizaje enorme en Colombia con respecto a los esquemas de reparación a las víctimas del conflicto armado: debe quedar claro qué tiene vocación reparadora y qué no.

Así mismo, la investigación de hechos y responsables de la comisión de graves violaciones a los DDHH en el marco de la JEP, podría ser un escenario adicional para determinar e identificar los vasos comunicantes entre corrupción y conflicto armado. Sus beneficiarios. Y la reparación necesaria.

Por otro lado, este documento indaga sobre quién representa a la sociedad y con qué herramientas dotar a este representante para que pueda lograr una reparación al daño social. Se considera, al respecto, que el Ministerio Público, a través de la Procuraduría, debe asumir este rol. Con respecto al rol del Ministerio Público, además de sus atribuciones constitucionales, el artículo 109 de la Ley 906 de 2004 dispone que este intervendrá en el proceso penal “cuando sea necesario”, en defensa de; i) el orden jurídico, ii) el patrimonio público, o iii) de los derechos y garantías fundamentales. Se trata de un actor fundamental, pues cumple un rol de representación de la sociedad (víctimas “colectivas”), que procurar que exista una adecuada indemnización de perjuicios.

La oferta institucional dispone también figuras como la *acción de repetición* y dispositivos legales de recuperación de activos como la extinción de dominio y figuras potencialmente funcionales -si bien controversiales-, como la *delación premiada*, figura a través de la cual un actor involucrado en el delito podría, como contraprestación a su cooperación, conservar un porcentaje de los bienes obtenidos con el delito, generando así escenarios propicios para la lucha y la persecución de casos de gran corrupción.

La invitación de este documento es, en definitiva, a explorar no una “ruta jurídica”, sino una serie de posibles “rutas jurídicas” para explorar escenarios de reparación del daño social generado por la corrupción.

Por último, el tercer documento elaborado en el marco del proyecto, se tituló “**Análisis, identificación y cálculo de daños causados por algunas modalidades de corrupción en Colombia- Propuesta metodológica y estudio de caso**”, y estuvo a cargo de Luis Jorge Garay Salamanca, Eduardo Salcedo-albarán y Guillermo Macías Fernández de la Fundación Vortex.

En este documento se plantea una visión de la corrupción más allá del daño social. Es decir, se entiende que los daños que genera la corrupción son múltiples y la reparación de dichos daños, deberá ser integral. Por tanto, el daño social hace parte de los daños generados por la corrupción, pero no es el único daño.

Se propone que los daños causados por conductas ilegales -en general- y las correspondientes víctimas derivadas de dichos daños, son actualmente realizados para consolidar una justicia restaurativa y anamnética en Colombia. Especialmente, como resultado de procesos masivos de victimización a los que han sido sujetos amplios sectores sociales de la población, el Estado colombiano ha contemplado en su jurisprudencia y diseños institucionales mecanismos para identificar los daños individuales, colectivos y sociales causados, como requisito para poder reparar integralmente a las víctimas afectadas.

Sin embargo, a pesar de estos avances, el interés por reconocer y restaurar a las víctimas no ha sido cabalmente correspondido, al menos hasta ahora, por la realidad observada en la práctica ante el escaso reconocimiento de víctimas directas e indirectas -pero no invisibles- de actos de corrupción.

Así, para atender al objetivo de identificar y reparar integralmente los daños causados por actos de corrupción, en este tercer documento se presenta una metodología para cuantificar el *daño patrimonial real*. Esta propuesta es, entonces, un punto de inicio del recorrido jurisprudencial e institucional que será necesario para garantizar la reparación integral a individuos, colectivos y a la sociedad en general por los daños causados por un conjunto de prácticas ilícitas cuya gravedad no ha sido tradicionalmente reconocida.

Este punto de inicio se concreta en el pago de una responsabilidad contractual adquirida por los agentes corruptores, sus intermediarios y sus beneficiarios, en detrimento de diversos individuos, colectivos, la sociedad y el Estado, el cual, a su vez, ha de actuar como responsable y garante de reparación, en última instancia, frente a la sociedad (especialmente tras reconocerse la gravedad y las consecuencias que conlleva la corrupción, especialmente la *macro-corrupción de carácter sistémico*).

En esta medida, el procedimiento de cálculo que se expone en el tercer documento es una condición necesaria –pero insuficiente– para garantizar la *reparación integral* de daños causados por corrupción; es decir, a nivel individual, colectivo y *social*. Esto quiere decir que será necesario contar con los desarrollos jurisprudenciales e institucionales requeridos para: (i) identificar y reparar aquellos daños morales, o extra-patrimoniales, que por su naturaleza no se restringen a la reparación pecuniaria o “patrimonial”, esto es, más allá de los que no tienen una expresión, en última instancia, de daños patrimoniales, y (ii) confiscar efectivamente los activos suficientes de los agentes intervinientes en los esquemas de corrupción y macro-corrupción para asegurar la reparación integral de daños, condición también necesaria para que no sea el Estado el reparador en última instancia, y al fin de cuentas la sociedad como un todo, de los daños individuales, colectivos y sociales causados. Si no se confisca a los agentes corruptores de los activos necesarios para proceder con la reparación pecuniaria, y si por lo tanto es el Estado el encargado en últimas de dicha reparación, entonces dada la naturaleza social de ese Estado, la reparación económica estará a cargo de los ciudadanos en su conjunto.

Es importante señalar que la metodología descrita en este tercer documento se enmarca en la cuantificación de daños en un tipo específico de corrupción que sucede en la contratación pública; dicha forma de corrupción, aunque es la más frecuente, no es la única ni necesariamente la más perjudicial en términos institucionales. De hecho, a medida que se avance en contar con las herramientas necesarias para identificar y reparar los daños patrimoniales causados por la corrupción acontecida en el marco de la contratación pública, será necesario avanzar en identificar y reparar los daños causados por otras prácticas más difíciles de identificar para la evaluación empírica de los daños producidos, como en el caso de lo observado con la cooptación institucional de políticas regulatorias.

Por ahora, siendo la contratación pública uno de los procesos estatales más comunes, en el que se trazan altas sumas de dinero entre agentes públicos y privados, la atención

inicial del cálculo se concentró en este proceso. Por este motivo, con la exploración conceptual y empírica aquí desarrollada, se busca entender los costos patrimoniales y algunos extra-patrimoniales que se pueden evaluar indirectamente de manera patrimonial, que generan agentes privados que pagan sobornos a o establecen compromisos con funcionarios públicos, políticos y partidos políticos para influir tanto durante los procesos de licitación, como en la concertación de adiciones y modificaciones a los contratos celebrados ilícitamente o con visos de legalidad.

Así las cosas, la metodología propuesta supone identificar, en primer lugar, el daño patrimonial derivado de la corrupción en contratación pública, para lo cual es necesario identificar el valor nominal del daño material, el cual sirve de base para los cálculos posteriores del daño emergente y el lucro cesante. En segundo término, se requiere calcular el daño emergente, para lo cual se toma como referencia el valor nominal del daño ajustado por el factor de ajuste, con el fin de actualizarlo al momento en el que se calcula el daño. Finalmente, se requiere calcular el lucro cesante, utilizando como base el valor nominal de daño. Sin embargo, a diferencia del daño emergente, el lucro cesante no solo se actualiza con el factor de ajuste basado en la inflación del país afectado, sino con un factor de ajuste adicional basado en la tasa anual interbancaria promedio.

En este punto es importante aclarar que, en escenarios de avanzada corrupción sistémica, el pago de sobornos es a veces sustituido o complementado por acuerdos de coordinación mutua entre empresas privadas, entidades estatales y políticos y partidos políticos, tal como se ha observado en casos de macro-corrupción y cooptación institucional revelados durante los últimos cinco años en América Latina. Esto sugiere herramientas más tecnificadas y sofisticadas de medición.

Por este motivo, dado que esta propuesta metodológica es el punto de partida para la reparación integral de daños causados por la corrupción, en la exploración conceptual y empírica aquí presentada se centra la atención en entender los costos patrimoniales que generan agentes privados como, por ejemplo, empresarios que pagan sobornos a funcionarios públicos con poder para decidir durante el proceso de licitación y durante la celebración de adiciones y modificaciones a los contratos originales.

Al menos en principio, podría pensarse que identificar y reparar los daños patrimoniales causados a una entidad del Estado, como resultado de la manipulación de licitaciones, de la incorrecta adjudicación de contratos y/o de posteriores sobrecostos asumidos por la entidad, no implican ni constituyen por sí sola una reparación integral de los daños causados por la corrupción –patrimoniales y extra-patrimoniales incluidos los denominados sociales–.

En efecto, podría pensarse que las consecuencias financieras negativas que puede enfrentar la empresa estatal afectada no deben ser asumidas por la sociedad en conjunto, sino por parte de los agentes corruptores y beneficiarios; por ejemplo, el encarecimiento de financiamiento por escasez, la pérdida de *good will* o, en general, la disminución de valor patrimonial deberían subsanarse con una reparación a la empresa estatal o semi-estatal a cargo del patrimonio de los corruptores y beneficiarios.

Sin embargo, dado su carácter estatal –o aún semi-estatal– se corre el riesgo de que la sociedad, en su conjunto, asuma estos daños mediante tributos o por el encarecimiento y la pérdida de calidad de los bienes y servicios provistos directa o indirectamente por las empresas afectadas por la corrupción. Por ello, es importante que la empresa estatal afectada asuma la reparación de estos daños a su población usuaria o receptora, preferiblemente con cargo a la reparación recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción; como ya se señaló, recurriéndose a la extinción de dominio de activos y patrimonios de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción. Es decir, una proporción de la reparación integral debe provenir de parte de la empresa estatal afectada hacia su población usuaria o beneficiaria por concepto de daños individuales y colectivos.

Precisamente por este motivo, es indispensable garantizar que la adecuada y oportuna reparación integral de los daños patrimoniales –daño emergente y lucro cesante– y extra-patrimoniales causados a empresas estatales afectadas por corrupción, esté a cargo de la extinción de dominio de activos y patrimonios de los agentes corruptores, de los beneficiarios directos –como funcionarios públicos que reciben sobornos– e indirectos.

Con base en lo anterior, se deben prever potenciales niveles de gravedad de daños individuales y colectivos emanados de la indebida manipulación de la contratación en empresas estatales o semi-estatales que proveen bienes o servicios a individuos y colectivos específicos.

Así, tanto los daños individuales y colectivos definidos como medios y graves, asumidos por una población o colectivo usuario o beneficiarios determinado, como los daños sociales asumidos por los ciudadanos en conjunto, requerirán valoraciones extra-patrimoniales en los que se evalúen las características de los daños a través del tiempo, de los agentes o colectivos perjudicados, de los agentes corruptores y beneficiarios involucrados, de la importancia relativa de las empresas estatales y de la prestación de bienes y servicios afectados. Esta valoración extra-patrimonial deberá considerar los efectos permanentes –actualizados y proyectados–.

Para el caso de los daños causados a la sociedad en conjunto, el cálculo y reparación del daño extra-patrimonial requerirá valoraciones de los efectos permanentes que se traducen en el consecuente nivel sub-óptimo de la tasa de retorno social en comparación con el que se habría obtenido si el caso de corrupción no hubiera sucedido. En la medida en que la entidad estatal sea más importante en términos de su valor patrimonial y su significancia institucional a nivel *macro* en el país, *ceteris paribus*, tenderán a reproducirse daños permanentes y estructurales, con innegable impacto a nivel también macro-económico y macro-social.

La propuesta de metodología de tasación de los daños se probó en un caso relacionado con el entramado de corrupción denominado “Lava Jato” en Brasil, en la medida en que el equipo de la Fundación Vortex, contratado por Transparencia por Colombia para este

proyecto, disponía de información relevante para realizar este ejercicio, en los tiempos y plazos del proyecto.

De esta manera, este último documento referido, establece que la reparación integral de los daños de la corrupción exige una estricta taxonomía de:

- i. Los daños patrimoniales y extra-patrimoniales causados.
- ii. Los agentes corruptores y beneficiarios con sus respectivos grados de responsabilidad y extra-rentas percibidas ilícitamente o aún con apariencia de legalidad, a quienes les obliga la reparación integral de los daños causados a la empresa estatal o semi-estatal afectada.
- iii. Los individuos y colectivos directa o indirectamente perjudicados como usuarios o receptores de los bienes y servicios prestados por la empresa estatal o semi-estatal afectada por la corrupción, cuya reparación le corresponde, primero, a la empresa estatal afectada por la corrupción, con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.
- iv. Los daños a macro-económicos y macro-sociales, tanto patrimoniales como morales, reproducidos directa e indirectamente por los actos de corrupción, que han de ser sufragados por la empresa estatal afectada por la corrupción, con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.

De no contarse con esta taxonomía, se corre el riesgo de generar -o quizás reproducir- una grave impunidad social y moral encubierta, por vía de indebidas reparaciones o insuficiente identificación de responsables y beneficiarios de la corrupción. He ahí la necesidad de procederse secuencialmente así:

- (i) Comenzar con la reparación integral tanto patrimonial como extra-patrimonial de la empresa estatal o semi-estatal afectada por la corrupción, con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y de los que han sido beneficiados por las prácticas de corrupción.
- (ii) Continuar con la reparación patrimonial de los individuos, colectivos y ámbitos de la sociedad que son, o fueron, usuarios o receptores de los bienes o servicios públicos provistos por la empresa estatal o semi-estatal afectada, y que por lo tanto fueron dañados bajo la responsabilidad de la empresa afectada –en su condición de réplica hacia sus individuos o colectivos usuarios o receptores afectados indirectamente– y con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.
- (iii) Finalmente, avanzar hacia la reparación integral de los daños macro-sociales y macro-económicos, con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.

La lectura de los tres documentos referidos podrá dar al lector una mirada integral acerca de las afectaciones que se generan con ocasión de la comisión de actos de corrupción, y la necesidad de cualificar el debate en torno a los mecanismos para investigar la verdad sobre lo sucedido, la identificación de los responsables en sus distintas escalas, el tipo de afectaciones diferenciadas dependiendo de las víctimas individuales, colectivas y la sociedad, y las afectaciones patrimoniales y extra patrimoniales.

La discusión está servida para poner en práctica estas líneas iniciales, las cuales tienen como objetivo principal, como se ha dicho, procurar una reparación integral del daño que genera a todos los actores sociales -y a la sociedad en particular- un acto de corrupción.

Este esfuerzo, se reitera, es parte del repertorio múltiple con el que debe abordarse la problemática histórica de la corrupción, pues deben no solo mantenerse sino reforzarse gradualmente las intervenciones en materia de prevención temprana, investigación y sanción, y garantías de no repetición de los hechos.

En una siguiente fase, se espera poder utilizar la propuesta metodológica para tasar el daño patrimonial -social- en casos concretos colombianos, así como se busca dar un mensaje a la ciudadanía, a los funcionarios públicos y a los operadores de justicia, en el sentido de que el reconocimiento, la acreditación, la valoración, la tasación y la reparación integral del daño social, son posibles y que en Colombia existe una cultura jurídica que permite abrir este espacio de innovación legal, en momentos en que se necesitan respuestas eficaces para sancionar a los responsables y reparar a la sociedad.

## II. EL DAÑO SOCIAL EN LOS ACTOS DE CORRUPCIÓN

Documento de enfoque: Daño Social relacionado con delitos de corrupción (conceptualización, contextualización y reseña de las experiencias internacionales identificadas)

Por: Pedro Gomes Pereira

### Índice específico

1. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Justificación del proyecto y principales objetivos (generales y específicos)	2
1.2. Descripción del estudio	2
2. MARCO CONCEPTUAL Y TEÓRICO	3
a. Acto jurídico	3
b. Daño	3
i. La transindividualidad del daño resultante de acto de corrupción	4
ii. El daño social o el daño moral colectivo	6
iii. Corrupción como daño social	7
c. Reparación del daño	8
i. Legitimación por activa	8
ii. Legitimación por pasiva	9
iii. Cuantificación del daño social	10
iv. Elementos de una reparación del daño social	10
3. Daño social en el derecho internacional y comparado	12
3.1. Derecho internacional	12
3.1.1. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -UNCAC-	12
3.1.2. Consejo de Europa	12
3.2. Derecho comparado	14
3.2.1. Italia	14
3.2.2. Brasil	15
3.2.3. Costa Rica	18
3.2.4. España y Francia	19
3.3. Incidencia del daño social en casos de corrupción	19
3.4. Criterios utilizados para establecer el monto resultante del daño social ocasionado por la corrupción y sus límites.	20
BIBLIOGRAFÍA	21

## 1 Introducción

### 1.1 Principales objetivos del proyecto

El proyecto ejecutado por Transparencia por Colombia pretende identificar, a partir del análisis de experiencias internacionales relacionadas con la reparación del daño social causado por los delitos de corrupción, las directrices de política criminal aplicables al caso colombiano relativas a la tasación y búsqueda de la indemnización del daño social en los delitos relacionados con corrupción. Busca asimismo diseñar herramientas que podrían ayudar a los operadores judiciales y demás entidades y agentes interesados, a estimar este daño social y a perseguir su indemnización en los momentos e instancias procesales pertinentes.

### 1.2 Descripción del documento

En relación con la definición de unos lineamientos claros que garanticen la reparación del daño causado a la sociedad por los actos de corrupción, se hace necesario tener en cuenta dos elementos: (i) una claridad conceptual frente a la noción jurídica de daño social; y (ii) una aproximación a las experiencias internacionales en la materia.

## 2 Marco conceptual y teórico

El presente capítulo busca generar una aproximación al concepto de acto jurídico, daño, y reparación del daño. Para empezar, se propone una definición de corrupción ligada a la noción de acto jurídico ilícito.

### 2.1 Acto jurídico

Uno de los principales objetivos del orden jurídico es proteger lo lícito y reprimir lo ilícito. Por esa razón, el orden jurídico establece deberes y obligaciones. Así, para que un acto tenga relevancia para el derecho, debe en él incidir una regla jurídica en abstracto. Esta incidencia determinará su licitud o ilicitud. Verificada la existencia y, consecuentemente, la licitud o ilicitud de un acto jurídico, se procede a su análisis en relación con su validez y eficacia.

La validez determinará la nulidad o anulabilidad del acto jurídico. Será nulo el acto jurídico, por ejemplo, cuyo objeto o motivo determinante común sea ilícito. Por otro lado, será anulable el acto jurídico que resulte de un vicio resultante de error, coacción, violencia o intimidación.

Un acto de corrupción, por su propia definición, podría entenderse como un acto jurídico inválido y, por esa razón, podrá ser nulo o anulable. Será nulo el acto de corrupción cuando su objeto o motivo común sea algo ilícito, como el abuso del poder público para que una o ambas partes, en beneficio propio, se enriqueciesen sin causa. Pero el acto de corrupción podrá ser anulable cuando, por ejemplo, resulte de un error de una de las partes. Así será el caso de un contrato público firmado para la construcción de un puente en el que la autoridad pública desconoce, en buena fe, del abuso del poder de un tercero para beneficio propio.

Por otro lado, la eficacia determinará el momento en que se manifiestan los derechos, deberes, pretensiones, obligaciones, acciones y excepciones sobre el acto jurídico y

pretendido por el sujeto. Así, será a través de la eficacia del acto jurídico que nace, entre otros, el derecho de acción resultante del daño ocasionado por el acto jurídico al tercero de buena fe. El daño y el derecho a la acción serán discutidos más adelante.

## 2.2 Daño

El daño es un acto (u omisión) ilícito cometido por una persona de manera voluntaria, negligente o imprudente. En tales casos, un vicio en el acto jurídico determina su invalidez, que puede ser relativa (y en ese caso el acto jurídico es anulable) o absoluta (generando la nulidad del acto jurídico), y puede generar el derecho a la reparación del daño (indemnización) ocasionado. Así, por ejemplo, el acto jurídico en el que un funcionario simula la compraventa de una propiedad del Estado, sin tener autorización y sin seguir los procedimientos legales, será nulo, toda vez que el funcionario en ese caso no tiene capacidad para vender la propiedad y además el acto en sí mismo es ilícito.

Por otro lado, podrá ser anulable el acto jurídico donde el funcionario, teniendo autorización para la venta de una propiedad y siguiendo los procedimientos legales referentes a la alienación de la propiedad del Estado, lo hace con la finalidad de obtener para sí una ganancia ilícita y, por ese motivo, simula un precio supervalorado del contrato. En este caso, y considerando la buena fe del comprador, será anulable el acto jurídico, toda vez que permanece válido en sustancia y forma.

El daño (ocasionado por la corrupción) adquiere relevancia jurídica cuando cumple con cuatro elementos base:

- i. El daño es causado por una conducta humana, siendo además real, cierto y efectivo y ocasionado por un tercero;
- ii. La conducta debe ser antijurídica, esto es, pone en peligro un bien jurídico relevante a los derechos de una persona;
- iii. La conducta debe ser culpable, esto es, el autor del daño razonablemente acepta el resultado del acto ilícito cometido;
- iv. Debe existir un nexo causal entre el acto (de corrupción) y el daño, que debe ser directo e inmediato entre el hecho generador (corrupción) y el daño ocasionado.

Existen dos tipos tradicionales de daño: el daño patrimonial y el moral. A estos, se añade el concepto de daño social (o moral colectivo), que será objeto de análisis más adelante. El daño patrimonial o material, afecta a los bienes que integran el patrimonio de la(s) persona(s) afectada por el acto jurídico ilícito. Se entiende como tal el conjunto de relaciones jurídicas de una persona, apreciable en dinero. El daño patrimonial es susceptible de evaluación monetaria y puede ser reparado a través de la reconstitución específica de la situación anterior al daño o por medio de indemnización monetaria.

El daño patrimonial se subdivide en daño emergente, que es el daño material que alcanza el actual patrimonio de la víctima, y en lucro cesante, que le provoca una disminución al patrimonio de la víctima o impide su crecimiento en el futuro. El daño emergente se traduce en una efectiva e inmediata disminución en el patrimonio de la víctima en razón de la conducta antijurídica: es aquello que la víctima efectivamente perdió. La medición del daño emergente será, por lo tanto, la diferencia del valor del

bien jurídico entre lo que se tenía antes y después de la conducta antijurídica. El lucro cesante, por otro lado, refleja el futuro de la conducta antijurídica frente al patrimonio de la víctima. Se exige por esa razón un mayor cuidado en su caracterización y ajuste. Es la pérdida de un valor esperado, la frustración de la expectativa de una ganancia, o la disminución potencial del patrimonio de la víctima.

De esa manera, en casos de corrupción, el daño ocasionado sería no solo aquello que se dejó de recibir, resultando en una disminución del patrimonio, sino también cualesquiera pérdidas comprobables relativamente a la disminución potencial del patrimonio.

El daño moral es aquel que afecta la personalidad y, de alguna manera, ofende la moral y la dignidad de la víctima. El perjuicio moral que alguien ha sufrido deber ser probado por fuerza de los propios actos que ocasionaron el perjuicio. Por esta razón, no se hace necesaria la presentación de prueba que demuestre la ofensa moral a la persona: el propio hecho ya configura el daño: los resultados son presumidos.

La indemnización por daños morales tiene naturaleza reparadora y no puede ser confundida con las sanciones pecuniarias (multas) de carácter administrativo o penal al causador del daño. Indemnizar y penalizar son imposiciones jurídicas que no se confunden: la primera supone un daño, al paso que la segunda supone una ley previa que establezca como tal su contenido y las hipótesis de incidencia del tipo penal.

### 2.2.1 La transindividualidad del daño (resultante de acto de corrupción)

Para definir el daño ocasionado por un acto de corrupción, se debe distinguir, en primera instancia, el interés público del privado. Mientras que el interés público tiene al Estado como el titular de dicho interés, en el privado el titular es una persona (natural o jurídica): en el interés público se contraponen el interés del Estado frente al interés del particular; en el privado, se contraponen los intereses entre particulares. Además, se debe tener en cuenta que se presupone que el Estado actúa pautado por el interés público y, por esa razón, se tiene que la actividad del Estado debe buscar la consecución de la actividad pública. De dicha suposición nace el principio de la supremacía del interés público sobre el particular.

El propio interés público se subdivide en un interés público primario, referente al interés social, y el interés público secundario, que se refiere a los intereses de la propia administración pública. Así, el interés social no siempre es equivalente al interés público, dado que el interés público primario – donde se sitúan el interés social – puede no coincidir con el interés público secundario.

A la vez que el interés público lato sensu no siempre se equipara con el interés social, este acaba por ser una figura intermediaria entre el interés público secundario y el privado: es un grupo de intereses que pueden no ser del Estado, pero son más que intereses meramente individuales. Así, por ejemplo, el interés social al medioambiente sano (interés público primario) puede chocarse con el interés público de garantizar empleos (interés público secundario), permitiendo la apertura de una fábrica que

puede dañar el medioambiente. Por esa razón, el interés público primario (interés social) tiene una naturaleza transindividual.

Los límites del interés social se encuentran en el principio de la supremacía del interés público sobre el particular, la distinción del interés público primario del secundario, y su contraposición con el interés particular. El interés social es una categoría propia con un concepto jurídico abierto y poco claro, aunque delimitado, dejando en el juez la tarea de establecer su sentido en el caso concreto.

El interés social, representado por derechos transindividuales, es compartido por grupos, clases o categorías de personas, siendo definidos por su origen. Así, los derechos transindividuales se subdividen en tres categorías: individuales homogéneos, colectivos y difusos. De esa manera, tenemos lo siguiente:

- Los derechos individuales homogéneos, se refieren a los derechos individuales de personas determinadas o determinables, compartiendo derechos divisibles. Estas personas se unen por un origen común del daño, aunque los derechos permanecen individuales. Como consecuencia, estos derechos hacen parte del patrimonio individual del titular y son susceptibles de transmisión, renuncia o transacción.
- Como ejemplo, se tiene una relación de consumo donde el producto ha sido producido con un defecto de fabricación. En este caso, son personas determinables (consumidores que adquirieron el producto defectuoso), compartiendo derechos de reparación de daño divisibles, que surgió en un origen común (el producto defectuoso).
- Los derechos colectivos, se refieren a personas determinables y que comparten una misma relación jurídica indivisible. Los derechos en este caso son transindividuales, con determinación relativa de los titulares del derecho.
- Para los derechos colectivos, los derechos son transindividuales e indivisibles, resultando de una relación jurídica preexistente. Como consecuencia, no son susceptibles de apropiación individual ni de transmisión, renuncia o transacción.
- Como ejemplo, trabajadores asociados a una organización sindical (relación jurídica preexistente e indivisible), que lucha por mayores derechos de clase (derechos transindividuales).
- Los derechos difusos, son derechos son transindividuales e indivisibles, resultando de una mera circunstancia factual. Como consecuencia, estos derechos no son susceptibles de apropiación individual ni de transmisión, renuncia o transacción.
- Como ejemplo, un daño al medioambiente resultante de deforestación predatoria. En este caso, hay una circunstancia factual (deforestación predatoria) referente a un derecho indivisible (derecho al medioambiente sano) que afecta a un número indeterminable de personas.

Se podría concluir, a partir de las definiciones arriba indicadas, que el daño resultante de un acto de corrupción sería un derecho difuso, una vez que:

- i. Es indivisible, ya que no puede ser satisfecho ni dañado sin afectar a todos sus titulares;
- ii. Afecta a un número indeterminable de personas, ya que hay una indeterminación absoluta de los titulares del derecho; y
- iii. Cuya titularidad no puede ser determinada, una vez que el vínculo entre ellas es fáctico, p. ej. residen en la misma región afectada por el acto de corrupción.

### 2.2.2 El daño social (o el daño moral colectivo)

La responsabilidad de indemnizar, ocasionada por la verificación de un acto de corrupción, debe ser objetiva, es decir, una responsabilidad en la cual no es importante la presencia del elemento culpa. Es cierto que se deben demostrar los cuatro elementos base contenidos en el apartado anterior, pero, no obstante, la exigencia de demostración del nexo causal entre el acto de corrupción y el daño generado, debe ser proporcional. Una vez que el daño social se equipara a un daño moral colectivo, la comprobación del propio hecho debe ser elemento suficiente para configurar la existencia del daño social y presumir sus resultados.

El daño social (o el daño moral colectivo) es una figura que busca eliminar las consecuencias resultantes de la lesión a un derecho difuso, como los actos de corrupción. Se trata de la posibilidad de exigir reparación por los daños causados, cuando se lesionen intereses públicos. Se trata de un tema nuevo que aún no ha sido bien definido en la doctrina y del cual se tienen pocos ejemplos prácticos.

No obstante, en Costa Rica se reconoce la reclamación del daño social ocasionado por la comisión de delitos que afecten intereses colectivos o difusos. La experiencia costarricense será objeto de análisis más adelante.

El objeto de la reparación por daño social es: (i) buscar la restitución a la(s) víctima(s) del valor del daño material (daño emergente y lucro cesante); así como (ii) la reparación de daños morales colectivos. Es, por lo tanto, la fusión de la aplicación del daño material y moral ocasionado por un acto ilícito frente a un derecho difuso. El daño social se equipara, en este caso, al daño moral colectivo.

No obstante, se debe advertir que, como se demuestra en la experiencia brasileña objeto de análisis más adelante, aunque los derechos difusos puedan ser susceptibles de daño moral colectivo, el daño moral no se demuestra compatible – a menos que codificado expresamente en ley – con el concepto de derechos transindividuales. La ofensa moral de la cual resulta dicho daño es una ofensa al derecho de personalidad (honor, moral etc.), y por lo tanto necesita de la individualización de la víctima. En derechos difusos, sin embargo, la víctima es indeterminable y la reparación del daño no es divisible. Así, la teoría clásica de daño moral no puede ser aplicada, a menos que se construya en ley, una abstracción jurídica, permitiendo aplicarse el concepto de daño moral a la colectividad. A menos que la ley logre identificar la víctima del daño moral colectivo (p. ej. el Estado), no es posible aplicarla a derechos difusos.

### 2.2.3 Corrupción como daño social

Aunque no exista una definición universal para corrupción, corrupción comúnmente se refiere al uso indebido del poder público para el beneficio privado o político, o al uso indebido de la autoridad confiada para beneficio personal. Transparencia Internacional la define como el abuso del poder para beneficio propio. Por su vez, el Banco Mundial define corrupción como el acto de ofrecer, dar, recibir o solicitar, directa o indirectamente, cualquier cosa de valor para influir indebidamente en las acciones de otra parte.

La licitud de los actos de la administración pública surge a partir de la conjugación de reglas y principios contenidos en normas jurídicas. Así, la ética esperada del funcionario y que afecta sus actividades presupone su valoración de conformidad con las reglas y principios jurídicos que las informan. Es el resultado del correcto funcionamiento de la administración pública y su probidad, transparencia y estabilidad económica, financiera y política del Estado.

La corrupción ocasiona una reducción en la confianza en el Estado, resultando en un des-estímulo respecto a las inversiones hechas al Estado, comprometiendo su crecimiento económico. Además, la corrupción puede generar evasión fiscal y financiera, disminuye la redistribución de renta, aumentando la injusticia social. Así, cuanto más grandes los índices de corrupción, menores serán las políticas públicas de implementación de los derechos sociales, comprometiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No obstante, para identificar un daño, se hace necesario establecer el acto ilícito que lo originó; se tienen que comparar las definiciones de corrupción presentadas arriba con un acto jurídico existente, válido y eficaz. Para fines penales, la corrupción se encuentra definida en distintos tipos penales contenidos en la normativa penal de cada jurisdicción, permitiendo así que el Estado pueda manifestar su poder sancionador. No obstante, existe un estándar internacional de larga aplicación y que busca coordinar las definiciones de tipos penales en materia de corrupción entre sus Estados miembros: la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNCAC). En su capítulo III, se establecen los tipos penales que deben ser sancionados por todos los Estados miembros:

- Soborno activo y pasivo de funcionarios públicos nacionales, funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas;
- Malversación o peculado;
- Obstrucción de la justicia.

Para fines administrativos, existen otra gama de actos ilícitos que pueden generar corrupción. Así, actos contrarios a la probidad pública pueden haber sido codificados como ilícitos administrativos y que, bajo el entendimiento general de corrupción producido por la definición de Transparencia Internacional, estarían bajo el concepto de acto ilícito por acto de corrupción.

En cuanto al ámbito civil, el Estado tiene responsabilidad objetiva por los daños causados bajo las reglas de reparación del daño. Por esa razón, siempre que haya un acto ilícito producido por el Estado, y verificándose la existencia del acto de corrupción tal cual definido en la legislación penal o administrativa, podría quedar el Estado – así como el agente causador de la corrupción – sujeto a la obligación de indemnizar.

Así, definidos los actos ilícitos, sus consecuencias dañinas deben ser superadas. Es el caso de la reparación del daño ocasionado por un acto de corrupción. Verificada la existencia y la validez del acto, cabe definir la forma como el derecho irá a responder por ello. En el caso de un acto ilícito generado por corrupción, y dependiendo de la rama del derecho aplicable, podrá el acto ilícito generar consecuencias sancionatorias penales (p. ej. pena de prisión) y administrativas (p. ej. pena de expulsión de funcionario) y civiles (p. ej. indemnización ocasionada por un acto de corrupción).

### 2.3 Reparación del daño

La existencia del derecho a una indemnización presupone la existencia de un daño ocasionado por un acto ilícito. Como ya discutió anteriormente, el daño es la sustracción o disminución de un bien jurídico, independiente de su naturaleza: patrimonial o moral; individual, individual homogéneo o transindividual (difuso o colectivo).

La indemnización, a su turno, surge con el objetivo de reparar el perjuicio sufrido por la víctima, con el fin de reintegrarle al estado en que se encontraba antes de la práctica del acto ilícito. Para ejercer el derecho de resarcir, que surge de la obligación de indemnizar, se debe identificar la existencia del acto ilícito, determinándole su validez en el mundo jurídico. Así, el daño es tanto el hecho constitutivo y la causa determinante del deber repararlo: indemnizar sin la existencia de un daño configuraría un enriquecimiento sin causa. Así, se busca definir la existencia de un acto jurídicamente relevante. En seguida, se identificará su validez frente al ordenamiento jurídico. Finalmente, se analizará la eficacia del acto jurídico, con miras a identificar el derecho de indemnizar, así como los legitimados por activa y pasiva para iniciar la acción.

Se ha planteado en este documento que la obligación de indemnizar opera a partir de un acto ilícito. De esa obligación nace el derecho de reparar el daño ocasionado por un acto ilícito de corrupción. Identificada la existencia del acto ilícito y el derecho a la reparación del daño, se debe identificar quién detenta el derecho a la reparación (legitimación por activa) y quién puede ocasionar el daño.

En casos de corrupción, donde el daño ha sido ocasionado por el Estado, su responsabilidad debe ser objetiva, esto es, la responsabilidad depende de la demostración del nexo causal entre el acto y el daño, sin la necesidad de demostrar la culpa o el dolo.

#### 2.3.1 Legitimación por activa

Tiene legitimación por activa cualquier persona (natural o jurídica) que tenga su derecho supuestamente lesionado por un acto ilícito cometido por otra persona

(natural o jurídica) de manera voluntaria, negligente o imprudente. El acto ilícito cometido sobre un derecho genera para la víctima el derecho de reparar el daño.

La manera clásica de defender intereses se da por medio de la legitimación ordinaria, por la cual la persona que se dice lesionada defiende sus intereses iniciando una acción ante un juzgado. Frente a la legitimación ordinaria, cabe al titular del derecho supuestamente lesionado (o su representante legal) pedir la protección de sus derechos y la reparación del supuesto daño.

Sin embargo, no se logra aplicar la legitimación ordinaria frente a una supuesta lesión a un derecho colectivo. Eso porque el derecho de acción necesita la identificación de la supuesta lesión bien como la individualización de la titularidad del derecho supuestamente lesionado, pero el derecho colectivo no tiene ni un titular exclusivo al derecho supuestamente lesionado ni tampoco la titularidad al derecho individualmente determinada.

Se hace necesario, frente a esa circunstancia, tener una legitimación extraordinaria, donde una persona, en nombre propio, pase a defender los intereses ajenos, sustituyéndola procesalmente, e.g., lo que ocurre en la curaduría de bienes. Distinta de la legitimación ordinaria, la legitimación extraordinaria depende de expresa autorización legal, a través de la sustitución procesal. La figura de sustitución procesal existe para garantizar la efectividad en la defensa del derecho supuestamente lesionado. Una vez que sería práctico ni posible buscar reparar el supuesto daño a un derecho difuso a través de la individualización de las personas supuestamente lesionadas, justamente porque el supuesto daño afecta un número indeterminable de personas sobre un derecho cuya titularidad no puede ser determinada.

Como hemos visto anteriormente, en el caso de una supuesta lesión ocasionada por acto de corrupción, tendremos una afectación del supuesto daño a un número indeterminable de personas. En ese caso, se tendrán dos opciones: (i) que una de las víctimas, en nombre propio, pase a defender los intereses de la colectividad supuestamente lesionada por el acto de corrupción, sustituyendo a la colectividad; o (ii) que una persona (natural o jurídica) sustituya a las víctimas del supuesto daño.

### 2.3.2 Legitimación por pasiva

La legitimación por pasiva se refiere a la persona (natural o jurídica) que ocasiona el supuesto daño. Es la persona que comete el acto ilícito de corrupción, haciendo nacer el derecho a la reparación del daño. Se debe llevar en consideración que un acto ilícito de corrupción abarca no solo a funcionarios, sino también a particulares que colaboran con la administración pública (p. ej., en el caso de una concesión pública o durante la ejecución de un contrato de licitación). Además, se deben incluir en esta categoría personas (naturales o jurídicas) que buscan ventajas indebidas frente a la autoridad pública.

Son dos las personas que pueden incluirse en la legitimación por pasiva: (i) el propio agente público que comete el acto ilícito de corrupción; o (ii) la persona (natural o

jurídica) que comete un acto ilícito de corrupción, aquí entendido como un acto contra la administración pública.

### 2.3.3 Cuantificación del daño social

Los remedios legales para la reparación del daño basados en enriquecimiento sin causa están basados en el principio de que nadie debe beneficiarse de un acto ilícito. De esa manera, se solicita a la autoridad judicial abrir mano de sus ganancias ilícitas, más interés, para evitar el enriquecimiento sin causa.

- El primer método es el de ingresos brutos. Bajo este método, todos los ingresos recibidos bajo un contrato obtenido a través de acto de corrupción son considerados ganancias o beneficios del acto de corrupción. Se equipara el monto del contrato al daño ocasionado y sujeto a indemnización, y están sujetos a confiscación o devolución.
- Otro método a utilizar es el método de ingresos netos, donde se analiza las ganancias o beneficios generados por el acto de corrupción para el agente causador del acto de corrupción y derivados de un contrato obtenido de tal manera. Así, el daño es el valor del contrato menos gastos legítimos incurridos por el agente causador del acto de corrupción al ejecutar el contrato. Una variante de este método es calcular la ganancia esperada a la fecha de la firma de contrato.
- Finalmente, el método de ganancia adicional. Más allá del cálculo del beneficio real obtenido en el contrato obtenido a través de acto de corrupción, este sistema introduce la necesidad de calcular los beneficios que se habrían obtenido si no se hubiera producido un acto de corrupción.

En términos de daño social, la problemática que surge es que los métodos indicados anteriormente se refieren a la compensación material del daño, sin prestarle atención a los derechos transindividuales dañados por el acto de corrupción. Por ser un tema novedoso en el área de prevención y combate a la corrupción, aún no existe extensa literatura y práctica en esa área.

La reparación del daño social (o moral colectivo) debe guiarse por los siguientes principios: prevención y precaución. La reparación del daño social, debe ser suficientemente disuasiva para prevenir futuros actos de corrupción al agente que causó el daño. Además, la reparación debe buscar prevenir: la reparación debe demostrar a terceros las consecuencias que enfrentarán en caso de que quieran optar por actuar de manera corrupta. Además, la cuantificación debe llevar en consideración no solo la extensión, naturaleza, gravedad y repercusión del daño, sino también la situación económica de aquel que ocasiona el daño, la intensidad y las dimensiones de efecto negativo de daño a la colectividad.

### 2.3.4 Elementos de una reparación del daño social

Desafortunadamente, no existen suficientes elementos para determinar una metodología específica para la cuantificación exacta del daño sufrido por un acto de corrupción. No solo por la dificultad de cuantificar el daño social (o moral colectivo)

causado al colectivo, sino también por el hecho de que el acto de corrupción podrá incidir sobre otros bienes públicos, privados y sociales.

Así, una posible metodología aplicada para un acto de corrupción en una licitación pública será diferente de la metodología a aplicarse en un caso de soborno o abuso de autoridad de un funcionario. Por esa razón, se hace necesario analizar los riesgos habidos en Colombia respecto a actos de corrupción, indicando cuál es el acto ilícito con ocurrencia más frecuente. A partir de ese análisis de riesgo, se hará más factible identificar los elementos necesarios para reducir esos riesgos, incluyendo los elementos sociales afectados por el acto de corrupción.

No obstante, uno puede delimitar mejor los elementos que deben ser considerados para la reparación del daño social, dejando la indicación de una metodología para la aplicación en un caso en concreto. Por esa razón, la reparación del daño social debe tener las siguientes funciones:

- Reparadora. Debe la reparación buscar eliminar el daño causado a la sociedad.
- Compensatoria. Además de reparar el daño causado, debe buscar aún compensar a la sociedad todo aquello que se pueda comprobar que dejó de ganar debido al acto de corrupción.
- Pedagógica. La reparación debe tener un elemento instructivo a todos – el agente causador del acto de corrupción y la comunidad afectada en general – para que se busque entender lo ocurrido y prevenir futuras acciones semejantes.

Tampoco se debe olvidar que, en último análisis, cabe al juez de la causa fijar el monto relativo a la reparación del daño social. Por esa razón, es de suma importancia que el juzgador tenga en cuenta la razonabilidad del pedido, teniéndose en cuenta los principios y elementos anteriormente descritos, para que pueda buscar la equidad entre los derechos del agente causador y el daño sufrido por la comunidad afectada.

### 3 Daño social en el derecho internacional y comparado

#### 3.1 Derecho internacional

En el plano del derecho internacional, no existen tratados u otros mecanismos de soft law que definan y codifiquen el daño social. No obstante, se hará referencia a dos convenios que tratan del tema de la reparación de daños ocasionados por actos de corrupción. Son ellos:

- La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC);
- La Convención Civil contra la Corrupción del Consejo de Europa (ETS 174).

Aunque Colombia no sea Estado miembro del Consejo de Europa ni haya ratificado el ETS 174, aun así es oportuno hacer un análisis de dicho convenio para los fines de la presente investigación, toda vez que trata del tema de reparación del daño ocasionado por actos de corrupción y, diferentemente de la UNCAC, contiene elementos mejor delineados acerca de daño, responsabilidad e indemnización.

### 3.1.1 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -UNCAC-

Los art. 34, in fine y 35 UNCAC tratan, respectivamente, de las consecuencias ocasionadas por actos de corrupción, y la indemnización general por el acto de corrupción. Por un lado, se les permite a los Estados parte que se dirijan a las consecuencias de la corrupción adoptando medidas correctivas buscando eliminar las consecuencias de los actos de corrupción (art. 34 in fine UNCAC). Por otro, se debe garantizar que aquellos perjudicados como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar acción contra los responsables (art. 35 UNCAC).

Aunque se tenga una obligación internacional de reparar el daño, este deberá ser encontrado en el derecho interno de cada Estado parte. Así, mientras que no hay mención explícita al daño social y su reparación, la UNCAC permite que, de conformidad con los principios del derecho interno, sus Estados partes puedan adoptar un mecanismo de reparación del daño social ocasionado por la corrupción.

Desafortunadamente, la UNCAC no proporciona elementos más concretos que permitan identificar la legitimación por activa o por pasiva acerca del derecho de reparación del daño ocasionado por acto de corrupción, dejando tal tarea al legislador nacional.

### 3.1.2 Consejo de Europa

El artículo primero del Convenio Civil sobre la Corrupción (ETS 174) del Consejo de Europa (CoE) define como el objeto del convenio:

“Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos eficaces en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluida la posibilidad de obtener indemnización por dichos daños.”

Como se puede verificar, el convenio no define el significado de daño, ni tampoco quienes serían las personas que sufren daños resultantes de actos de corrupción, dejándole al criterio del derecho interno de sus Estados miembros. No obstante, el informe explicativo de la ETS 174 indica que el término personas contenido en el convenio se refiere tanto a personas naturales cuanto legales, u otros organismos existentes en ciertos sistemas legales. Además, como el ETS 174 indica estándares mínimos, el convenio, en especial a través de su art. 4(1) (ii), no impide que una persona distinta de la que ha sufrido el daño inicie el procedimiento de reparación.

Aunque no haya definido el significado de daño, el ETS 174 define los términos corrupción (art. 2 ETS 174), indemnización por daños (art. 3 ETS 174), responsabilidad (art. 4 ETS 174) y responsabilidad del Estado (art. 5 ETS 174).

De acuerdo con esas definiciones, corrupción es entendida como (art. 2 ETS 174):

(...) el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que

afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.

Se nota que la definición utilizada en la ETS 174 es mucho más estrecha que la definición contenida en otros instrumentos internacionales que tratan de definir los tipos penales de corrupción. De esa manera, está incluido apenas el soborno activo y pasivo en la definición del art. 2 ETS 174. El informe explicativo indica que la opción tomada fue para garantizar que el menor número de opciones quedaran excluidas, aunque dicha definición no se adecue al derecho penal o al derecho interno de los Estados miembros.

La indemnización por daños debe ser garantizada en el derecho interno del Estado miembro a las personas que hayan sufrido daño resultante de un acto de corrupción (art. 3(1), 1ª figura ETS 174), y que ellas tengan el derecho a iniciar acciones a fin de obtener la indemnización íntegra de dicho daño art. 3(1), in fine ETS 174). En ese sentido, el informe explicativo de la ETS 174 indica que daño no debe estar limitado a cualquier pago estandarizado y deben ser determinados de acuerdo con el caso específico, excluyendo el pago por daños de carácter punitivo. De esa manera, se deduce que el ETS 174 permitiría, si de acuerdo con el derecho interno del Estado miembro, la legitimidad activa por sustitución procesal – elemento necesario para iniciar una acción referente a un derecho transindividual – es posible, una vez que los Estados miembros están obligados a garantizar el derecho de indemnización de las víctimas, sean estas determinadas o indeterminables.

Dicha indemnización podrá cubrir los daños patrimoniales (daño emergente), el lucro cesante y daños no patrimoniales (art. 3(2) ETS 174). El informe explicativo indica que el término daños no patrimoniales se refiere a las pérdidas que no pueden ser de inmediato calculadas, una vez que no se refieren a pérdidas tangibles o pérdida económica material. Así, la reparación del daño podría incluir la reparación por daño material, moral o social (o moral colectivo), desde que permitido en el ordenamiento jurídico interno. En último análisis, según el informe explicativo, compete a los Estados miembros decidir la naturaleza del daño no patrimonial cubiertos, así como la naturaleza del resarcimiento y el concepto de nexo causal.

Por último, la responsabilidad debe existir (derecho de acción) cuando las siguientes condiciones se encuentren reunidas (art. 4(1) ETS 174):

- El demandado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya tomado las medidas adecuadas para impedir el acto de corrupción;
- El demandante haya sufrido un daño; y
- Exista nexo de causalidad entre el acto de corrupción y el daño.

Además, la responsabilidad debe ser solidaria cuando existan varios demandados (art. 4(2) ETS 174).

De acuerdo con el informe explicativo, el art. 4 ETS 174, la persona debe demostrar la ocurrencia del daño, si hubo dolo o negligencia, y el nexo causal entre comportamiento corrupto y el daño. Se subraya que el informe explicativo indica que el daño debe ser una consecuencia ordinaria y no extraordinaria del acto de corrupción. No obstante, el

informe explicativo no deja claro cuáles son los límites entre una consecuencia ordinaria y extraordinaria, dejándole una vez más dicha tarea al legislador nacional.

Así mismo, el art. 5 ETS 174 establece que las personas que hayan sufrido daño por hechos de corrupción podrán reclamar indemnización al Estado siempre que el acto de corrupción haya sido cometido por agentes públicos del Estado, o por autoridades competentes cuando el acto de corrupción haya sido cometido por una entidad no estatal. El ETS 174 no indica las condiciones para la responsabilidad del Estado, dejándolo a criterio del legislador nacional. Así, se presupone que la legitimidad por pasiva contenida en el ETS 174 se refiere a las personas (naturales o jurídicas, funcionarias o no) que hayan ocasionado el daño producto del acto de corrupción.

### 3.2 Derecho comparado

#### 3.2.1 Italia

Para los países de derecho continental, la génesis del sistema de protección a los derechos transindividuales surge en Italia en la década de 1970. Por un lado, un grupo de académicos empiezan a estudiar el sistema de class action de los EE.UU. y publicar sobre el tema en el país. Por otro lado, en el año del 1973, el Consejo de Estado italiano, en decisión contraria a la jurisprudencia de la época, reconoce la legitimación por activa del grupo ambientalista Italia Nostra, impugnando el acto de la provincia de Trento para la construcción de una carretera cerca del lago de Trovel. El Consejo de Estado, en aquel momento, bajo la premisa de que el grupo ambientalista era una asociación reconocida por decreto del Presidente italiano y que corresponde a un interés en su naturaleza pública y general, admitió que la asociación podría apelar para la protección de un interés público coincidente con el propósito para el cual se estableció la entidad. Fue, pues, un importante antecedente jurisprudencial, por haber conferido tratamiento más amplio a la legitimación por activa conferida hasta aquel momento, expandiéndola en relación con los derechos colectivos en Italia.

Esa decisión marco del Consejo de Estado fue seguida de intenso debate académico, en el cual Mario Cappelletti destaca la importancia de adecuar el derecho procesal italiano a las exigencias de los derechos colectivos, teniendo en cuenta la necesidad de tutelar los intereses transindividuales e indivisibles. Se tuvo en cuenta que los derechos transindividuales no eran protegidos con eficacia en un sistema procesal previsto para resolver conflictos bilaterales apenas. Así, en un segundo momento se propuso adaptar el derecho procesal con el fin de permitir, que un representante adecuado para los titulares del derecho, actuando en beneficio de toda la colectividad, pudiese hacer representar la colectividad, por sustitución procesal.

El primer texto normativo permitiendo la tutela de los derechos transindividuales en Italia fue el Estatuto del Empleado. Dicha norma regula derechos colectivos, toda vez que confiere a la organización sindical legitimación por activa para interrumpir conductas antisindicales, la remoción de sus efectos, defender el ejercicio del derecho de libertad sindical y defender el derecho a la huelga.

En 1986, se adopta el texto normativo sobre el daño ambiental. En dicha ley, se posibilitó que asociaciones de defensa al medio ambiente, con representación nacional

o al menos en cinco regiones y registradas en el Ministerio del Medio Ambiente, tuviesen legitimidad por activa relativamente a cuestiones de indemnización por daños ambientales y para recurrir de decisiones administrativas en el área. Así, en materia de daño ambiental, la ley italiana igualmente tutela derechos colectivos.

El derecho al consumidor en Italia, promulgado a través de la Ley 281/1998, otorga a asociaciones nacionales y locales la legitimación por activa en temas de defensa al consumidor, en especial para: inhibir actos y comportamientos lesivos a los intereses de los consumidores, adoptar medidas idóneas para corregir o eliminar los efectos nocivos de una violación establecida, y ordenar la publicación de decisión en al menos un órgano de difusión, nacional o local, en el caso de que la publicidad del fallo si este pudiere contribuir para corregir o eliminar los efectos de la violación. Nuevamente, se verifica que en materia de derecho del consumidor, la ley italiana permite la tutela de derechos colectivos.

Como se puede verificar, mientras que Italia ha sido el primer país de derecho continental en introducir la tutela de derechos transindividuales, estos se han restringido a la protección de derechos colectivos. Teniendo en cuenta que hemos entendido que el daño social (o moral colectivo) es un derecho difuso, en la actualidad, en Italia no existe un mecanismo normativo para la reparación del referido daño.

### 3.2.2 Brasil

En Brasil se han adoptado una multiplicidad de mecanismos para proteger los derechos transindividuales a través del tiempo.

El primero es la acción popular, prevista en el art. 141, § 38 de la Constitución Federal del 1946, permitiéndole al ciudadano requerir la anulación o la declaración de nulidad de actos lesivos del patrimonio de las entidades federativas (unión, estados y municipios) así como las entidades autárquicas y las sociedades de economía mixta. El texto constitucional fue mejor detallado en la ley de la acción popular. Dicha ley permite la tutela de derechos transindividuales: bienes y derechos de valor económico, artístico, estético, histórico o turístico. Posteriormente, la acción popular tuvo su ámbito alargado tras la promulgación de la Constitución Federal del 1988, que pasó a permitirle la tutela de diversos derechos transindividuales (art. 5º, LXXIII): moralidad administrativa, medio ambiente, patrimonio histórico y cultural.

Son tres los requisitos para iniciar una acción popular en Brasil:

- Ser ciudadano brasileño en el pleno gozo de sus derechos políticos. De esa manera, apenas la persona natural, habilitada por ley y con plenos derechos políticos puede ejercer dicha acción. La Suprema Corte Federal (STF) ya se manifestó en el sentido de que entidades de clase, partidos políticos u otras personas jurídicas no tienen legitimación por activa para proponer la acción popular.

- La ilegalidad o ilegitimidad del acto a invalidar, por ser contrario a las normas específicas que rigen su práctica, o por desviarse de los principios generales de la administración pública. En este caso, no se exige la ilicitud del acto en su origen, sino la ilegalidad en la formación del acto o en su objeto.
- La nocividad del acto al patrimonio público (daño). De acuerdo con la ley de la acción popular, se considera nocivo el acto u omisión administrativa que malverse dinero público o perjudique a la administración pública, sea la lesión real o presumida.

En relación con el daño, este puede ser al patrimonio material o moral, estético e histórico a bienes corpóreos del Estado y de sus valores éticos. No obstante, la acción popular no permite al poder judicial invalidar las opciones administrativas o sustituirlas por otros que entienda ser más convenientes u oportunos. Así, al poder judicial le compete en la acción popular pronunciarse acerca de la legalidad del acto y al daño ocasionado al bien público.

No obstante la importancia de la acción popular, fue la ley de la acción civil pública que trajo importantes avances para la tutela jurisdiccional de derechos transindividuales en Brasil, particularmente en relación con el daño ocasionado por actos de corrupción. Excepto las medidas ya incluidas a través de la acción popular, la acción civil pública fue la primera ley en Brasil en permitir de manera amplia la tutela de derechos transindividuales, que además se vieron alzados a una posición constitucional con la promulgación de la Constitución Federal del 1988, tal como la preservación de la probidad administrativa (art. 37, § 4º).

La ley de acción civil pública contiene las reglas procesales para tratar derechos difusos y colectivos. Estos derechos, por su turno, son garantizados en leyes propias, tales como el Código de Protección y defensa del Consumidor, el Estatuto del Niño y el Adolescente, la Ley de Protección a las personas minusválidas, entre otros.

A diferencia de la acción popular, donde la legitimación por activa pertenece al elector, la ley de acción civil pública confiere legitimidad por activa a las siguientes personas (art. 5º):

- El Ministerio Público;
- La Defensoría Pública;
- La Unión, los estados, el Distrito Federal y los municipios;
- Autarquías, empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta;
- Asociaciones que estén constituidas al menos por 1 año, incluya en su finalidad la protección del patrimonio público y social, al medio ambiente, al consumidor, al orden económico, a la libre competencia, a los derechos de grupos raciales, étnicos o religiosos o al patrimonio artístico, histórico, turístico y paisajístico.

Se debe subrayar, no obstante, que el Ministerio Público siempre detenta la legitimidad por activa para la protección de derechos e intereses difusos o colectivos, cualquiera

que sea, por fuerza del art. 129, III de la Constitución Federal de 1988. En términos del límite de la reparación del daño social, el Superior Tribunal de Justicia brasileño se ha pronunciado en el sentido de que: “(...) fue demostrada la práctica de actos ilegales perpetrados por el Grupo empresarial, la cual afectó no solo a la persona del inversor (individuo), sino a todas las demás personas (colectividad) que en la empresa depositaron su confianza y vislumbraron la rentabilidad del negocio. 1.3 Ante las especificidades del caso, sería adecuado a título de daño moral colectivo fijar la cantidad de R\$ 100.000,00 (cien mil reales)”.

En tema de daño ocasionado por acto de corrupción, existe una subclase específica de acción civil pública en Brasil: la acción civil pública por improbidad administrativa. Como descrito en el capítulo anterior, la corrupción indica la acción o la omisión, por el agente público, del poder que le otorga la ley en busca de una ventaja indebida para sí mismo o para tercero, dejando de lado los fines legítimos contemplados por la norma. En esta óptica, el desvío del poder y el enriquecimiento sin causa son elementos característicos de la corrupción. El concepto de probidad pública, no obstante, supera el concepto de corrupción, una vez que engloba otros actos ilícitos no contemplados apenas en el derecho penal.

La ley define los siguientes actos de improbidad:

- Enriquecimiento sin causa;
- Perjuicio al erario;
- Que resultan de la concesión o aplicación indebida de beneficio financiero o tributario;
- Que atentan contra los principios de la administración pública.

Así, el Ministerio Público (Federal o de los Estados) verificando la existencia de un acto contrario a la probidad pública instituye una investigación civil acerca de los hechos. El Ministerio Público tiene la legitimidad por activa en la acción civil pública por improbidad administrativa.

La legitimidad por pasiva será de:

- Cualquier agente público, funcionario o no, contra la administración directa, indirecta, fundacional de cualesquiera de los poderes de la Unión, los estados, el Distrito Federal, los municipios, territorios, empresas incorporadas al patrimonio público o de entidad cuya creación o coste haya concurrido o concurra el erario con más del 50% el patrimonio o receta anual;
- El tercero que, no siendo agente público, provoque o concurra para la práctica del acto de improbidad o se beneficie del de cualquier manera, directa o indirectamente;
- Del sucesor de aquel que cause lesión al patrimonio público o se enriquezca sin causa.

### 3.2.3 Costa Rica

Costa Rica ha desarrollado más ampliamente el concepto de daño social en su cuerpo normativo. La Constitución costarricense define, en sus artículos 41 y 50:

“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.”

“(…) Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Por ello, está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.”

Así, conjugándose los artículos 41 y 50 de la Constitución con el art 1045 del Código Civil, y conforme la interpretación de la Sala Constitucional, vivir en un ambiente sano incluye vivir en un ambiente libre de corrupción.

Mientras que el principio general de la responsabilidad se encuentra definido en el artículo 1045 del Código Civil, el art. 38 del Código Penal Procesal define que:

“Acción Civil por Daño Social. – La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.”

Articulándose esos elementos, se tiene que la Procuraduría General de la República de Costa Rica tiene legitimación por activa, por sustitución procesal, para reparar daños ocasionados a intereses colectivos o difusos, que incluiría hechos punibles de corrupción.

El concepto de daño social contenido en el sistema normativo costarricense trasciende la definición de daño patrimonial y moral, siendo una tercera categoría equiparada al daño moral colectivo, entendido como la:

“(…) disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a la lesión de intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido en contra de un bien catalogado como de naturaleza común o colectiva.”

De esa manera, aunque el concepto de daño social sea amplio en Costa Rica, este se encuentra limitado a actos de corrupción contenidos en el derecho penal; no se incluyen otros ilícitos como sanciones administrativas-disciplinarias o relacionadas a la probidad pública y que no se encuentren codificadas en el derecho penal.

Para fines de reparación del daño social, se tiene que: “VII.- SOBRE LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA Y EXCEPCIONES: Sobre el mismo cuadro táctico de la imputación penal, la Procuraduría General de la República, en representación de los intereses del ESTADO, solicita el acogimiento de la demanda civil resarcitoria promovida contra los demandados JPJ y FDC, a quien solicita se les obligue a pagar: a) la suma total de 2.000.000 colones (dos millones de colones), por concepto de daño social; b) Los

intereses correspondientes desde la comisión del hecho delictivo hasta su efectivo pago; c) La condena en costas.”

En la justicia costarricense, existen dos precedentes en los que se ha aplicado la figura del daño social; ambos se relacionan con casos de administración de fondos públicos y corrupción, y en ambos se abordan intereses difusos y colectivos, “razón por la cual ha intervenido la Procuraduría en busca de la reparación del daño social por la afectación que han causado los ilícitos al bienestar social”:

- Sentencia 341-2004 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José: Esta sentencia no utiliza la denominación del daño social, pero se refiere a los elementos que este involucra, reconociendo los daños que causan a la sociedad los actos de corrupción perpetrados por funcionarios públicos. En este caso, “los actos de corrupción en la función pública tienen como consecuencia un deterioro social, afectando los intereses de los ciudadanos que conforman un país, al disminuirse su bienestar social y su derecho a un “ambiente sano y ecológicamente equilibrado” postulado en el artículo 50 de la Constitución”.
- Sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José: Esta es la primera resolución judicial en la que se utiliza el término daño social en el sistema jurídico costarricense. El objeto de esta sentencia es el caso denominado “Caja Costarricense del Seguro Social – Fischel (CCSS-Fischel)” por la causa penal seguida contra varios imputados, entre ellos el ex presidente de la República, Rafael Ángel Calderón Fourier, por los delitos de peculado en perjuicio de la Caja Costarricense del Seguro Social y, en la cual, la Procuraduría General intervino como actor civil.

Luego del caso “CCSS-Fischel”, el término daño social ha sido recurrentemente utilizado por la Procuraduría General en casos de corrupción. Al respecto, la Fundación Vortex (2018), en una labor de investigación en el marco del proyecto para el cual se elabora este documento, menciona algunos casos en los cuales se han realizado condenas o reparaciones por este concepto:

“Uno de ellos es (i) el caso de José Antonio Lobo, con una conciliación el 20 de agosto de 2008, en el que el responsable aceptó pagar 1.4 millones de dólares, de los cuales 1.2 millones de dólares entraron a la caja única del Estado y 280 mil dólares se adjudicaron al I.C.E. También se cuenta (ii) con el caso de Hernán Bravo, en el que se realizó un juicio abreviado y se le condenó en junio de 2007 a tres años de prisión y a pagar un millón de dólares que se desglosó en 750 mil dólares para el Estado y 218 mil dólares para I.C.E. A su vez, (iii) en el caso de Leonel Barrios, en el que también se llevó a cabo un juicio abreviado en octubre de 2008 y se le condenó a 3 años de prisión, se depositaron 100 mil dólares y un automóvil valorado en 16 millones de colones. Además, (iv) en el caso de Carlos Monge Herrera se realizó también un juicio abreviado en marzo de 2009, condenándolo a tres años de prisión y depositar 500 mil dólares por daño social, que se

destinaron a un programa de Becas del Instituto Nacional de Aprendizaje. Y, (v) en el caso Berthier Ebi S.A., en el que, por medio de una conciliación en mayo de 2009, la empresa responsable aceptó pagar 9.7 millones de colones por el daño social al haber pagado dádivas a un funcionario público”.

Lo que puede concluirse, para efectos del presente proyecto es que, a pesar de que en Costa Rica hay consenso en cuanto a la posibilidad de indemnización del daño social a la colectividad, no existe uniformidad en cómo calcularlo; esta tarea se ha dejado a discrecionalidad del juez, lo cual ha generado indemnizaciones pecuniarias muy distintas en situaciones muy similares entre sí.

#### 3.2.4 España y Francia

Distintamente de Brasil, que visualiza a los procesos colectivos como un verdadero sistema para la reparación de daños, y Costa Rica, que cuenta con algunas disposiciones en materia de proceso colectivo, España y Francia (así como Italia) cuentan con leyes sectoriales acerca de procesos colectivos.

En el caso de España, la Ley de Enjuiciamiento Civil presenta la posibilidad de que los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso tengan capacidad de ser parte (art. 6(1) (7), 11 y 221 LEC). Se nota que la ley española no permite procesos colectivos, sino que referente a la defensa del consumidor y restringe la reparación al daño material ocasionado por el acto ilícito. La experiencia francesa produjo solución semejante a la española, al permitir asociaciones regularmente declaradas como teniendo objeto explícito la defensa a los intereses de consumidores en jurisdicción civil.

#### 3.3 Incidencia del daño social en casos de corrupción

La posibilidad de que los derechos transindividuales incidan en casos de corrupción aún es un tema muy novedoso y con poca práctica en el derecho comparado. Si por un lado no se niega la existencia de derechos transindividuales en las jurisdicciones analizadas, por otro su incidencia se verifica normalmente en áreas como el derecho del consumidor, laboral y del medio ambiente. Apenas Brasil y Costa Rica les han dado protección jurídica a los derechos transindividuales en los casos de acto ilícito generados por corrupción.

Aunque es innegable el daño a derechos transindividuales en casos de corrupción, la codificación de este hecho -positivización- en una norma legal apropiada, ciertamente podría permitir su incidencia en mayor medida. En el caso de Costa Rica, la corrupción genera un daño a derechos difusos, además del daño material y el daño social (o moral colectivo). En Brasil, la corrupción puede generar daños a derechos difusos, aunque no se conoce aún, en ley, la figura del daño moral colectivo, por el cual su aplicación se ve restringida.

En términos de legitimación por activa, queda claro en el caso costarricense que la Procuraduría General de la República detenta, por sustitución procesal, el derecho de

iniciar la acción de reparación de daños. Por otro lado, en Brasil hay también una sustitución procesal, en los procesos de acción civil pública, que incluye el Ministerio Público, las defensorías públicas, la administración directa e indirecta y empresas públicas, fundaciones y sociedades de economía mixta. Como resultado, al paso que en el ejemplo de Costa Rica existe apenas un sustituto procesal, en Brasil pueden concurrir diversos actores, sean en litisconsorcio activo o como partes autónomas.

Menos claridad tiene el modelo costarricense respecto al objeto de la acción de reparación de daño contra derechos transindividuales, toda vez que se refiere a “un ambiente libre de corrupción” sin precisar dicho término. Además, no queda claro quién podría configurar como legitimado por pasiva. A su turno, en Brasil, el tema está bien codificado en la ley de acción civil pública por improbidad administrativa. No está claro cuál es el objeto de la acción, sino que también los que están legitimados por pasiva.

3.4 Criterios utilizados para establecer el monto resultante del daño social ocasionado por la corrupción y sus límites.

En el derecho comparado, Costa Rica y Perú han sido dos jurisdicciones que han buscado cuantificar el daño social en casos resultantes de corrupción. Al paso que el primero ha testado su teoría en juicio, el segundo aún – hasta donde se sabe – no la ha testado.

En el modelo costarricense, el daño social ocasionado por corrupción ha sido cuantificado de dos maneras:

- Valorar el vínculo entre corrupción y la inversión extranjera en Costa Rica, midiendo la reducción en inversión debido a la reducción de la confianza del inversionista en el gobierno costarricense;
- Medir el impacto de la corrupción en los sistemas políticos rastreando los niveles de absentismo en las elecciones y utilizando los resultados como indicador de pérdida de reputación y confianza en las instituciones gubernamentales.

En el caso de Costa Rica, aunque las metodologías hayan sido aplicadas para el caso Alcatel y aceptadas por el juzgado, no fueron testadas en práctica debido al acuerdo entre las partes.

La metodología propuesta en Perú se basa en criterios utilizados por fiscales para clasificar casos de acuerdo con su importancia. De tal manera, este método estima el impacto del daño a partir de un monto fijo para cada caso de acuerdo con el grado de su relevancia, ponderándolo con un variable de impacto.

Finalmente, aunque no contenga criterios propiamente dichos, y ni tampoco se lo utilice para fines de reparación del daño social, vale mencionar aquí la orientación dada por el Ministerio Público Federal de Brasil a sus fiscales respecto a la aplicación de los acuerdos de colaboración premiada previstos en la Ley Anticorrupción. Bajo la previsión de un acuerdo de colaboración premiada, cabe la persona jurídica, entre otros, instruir el proceso de colaboración, apoyándole al Ministerio Público en la

estimativa del daño causado (ítem 13.2(g)). Este ítem es importante una vez que el ofrecimiento del beneficio necesita de un análisis acerca de la reparación integral del daño (ítem 20(f)).

## **Bibliografía**

- Bandeira de Mello, C. A. 2005. Curso De Direito Administrativo. São Paulo: Malheiro.
- Cavaliere Filho, S. 2005. Programa De Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiro Editores.
- CoE. 1999 “Explanatory Report to the Civil Law Convention on Corruption.”
- Dantas, S. T. 1977. Programa De Direito Civil: Parte Geral. Aulas Proferidas Na Faculdade Nacional De Direito, 1942-1945. Rio de Janeiro: Rio.
- De Araújo Cavalcanti, M. 2014 “O Desenvolvimento Das ações Coletivas Estrangeiras E a Influência Exercida No Direito Processual Coletivo Brasileiro.” *Revista dos Tribunais* 94089–131.
- Di Palma, A. 2011 “Considerazioni Sulla Proposta Di Legge N. 2271 Del 2009, Recante “modifica All’Articolo 18 Della Legge 8 Luglio 1986, N. 349, in Materia Di Responsabilità Processuale Delle Associazioni Di Protezione Ambientale”.” *Teoría e storia del diritto privato* IV1–14.
- Fenner Zinkernagel, G.; Monteith, C.; and Gomes Pereira, P. 2013. *Emerging Trends in Asset Recovery*. Bern: Peter Lang AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften.
- Garcia, E.; and Pacheco Alves, R. 2017. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva.
- Gidi, A. 2003 “Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries.” *The American Journal of Comparative Law* 51, no. 2: 311–408.
- Lopes Meirelles, H. 2004. *Mandado De Segurança*. São Paulo: Malheiros.
- Mazzilli, H. N. 2017. *A Defesa Dos Interesses Difusos Em Juízo*. São Paulo: Saraiva.
- OECD. 2015. *Consequences of Corruption At the Sector Level and Implications for Economic Growth and Development*. Paris: OECD Publishing.
- Olaya, J. 2016 “Dealing With the Consequences: Repairing the Social Damage Caused By Corruption.”
- Pontes de Miranda, F. C. 1998. *Tratado Das ações*. Tomo I: Ação, Classificação E Eficácia. Campinas: Bookseller.
- \_\_\_\_\_. 2000. *Tratado Das ações: Tomo Iv. Ações Constitutivas Negativas*. Campinas: Bookseller.
- Reino de España. 2000. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE Núm. 7, de 8 de enero de 2000).
- \_\_\_\_\_. 2010. Instrumento de Ratificación del Convenio Civil sobre la Corrupción (número 174 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y nueve (BOE Núm. 78, Sec. I. Pág. 29967, 31.03.2010).
- Rose-Ackerman, S. 2004 “The Challenge of Poor Governance and Corruption.” *Copenhagen Consensus Challenge Paper*
- StAR; and OECD. 2012. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery a Joint Oecd-Star Analysis*. Paris; Washington, D.C.: OECD; StAR.
- TI. 2009. *Guía De Lenguaje Claro Sobre Lucha Contra La Corrupción*.

UNODC. 2003. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (UNGA Res. 58/4, Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, UN Doc. A/RES/58/4 (21 de noviembre del 2003)).

\_\_\_\_\_. 2003. United Nations Convention against Corruption (UNGA Res. 58/4, United Nations Convention against Corruption, UN Doc. A/RES/58/4 (21 November 2003)).

Uttamchandani, M.; Sotiropoulou, A.; Helene; Rose Sylvester, K.; Mekki, Y.; Brun, J.-P.; and van der Does de Willebois, E. 2014. Public Wrongs, Private Actions: Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets. Washington: The World Bank Group.

Valencia Carmona, S. 2017. “En Torno a Las Acciones Y Los Procesos Colectivos,” In Cien Ensayos Para El Centenario, Mexico: Universidad Autonoma de Mexico.

Varela, A. 2000. Das Obrigações Em Geral. Coimbra: Almedina.

Bank, W. 2009 “Fraud and Corruption. Awareness Handbook.”

Zavascki, T. A. 2017. Processo Coletivo: Tutela De Direitos Coletivos E Tutela Coletiva De Direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais.

### **III. INFORME DE LA POLÍTICA CRIMINAL COLOMBIANA Y BÚSQUEDA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO SOCIAL EN LOS DELITOS RELACIONADOS CON CORRUPCIÓN**

Normatividad e institucionalidad existente en Colombia en materia de corrupción y daños

Por: Equipo Transparencia por Colombia  
Agustín Ibarra Salas  
José Fernando Gómez Rojas

#### **Índice específico**

1. Introducción	40
2. La corrupción desde el ordenamiento legal e institucional colombiano	41
3. Los daños extrapatrimoniales en la jurisdicción contencioso administrativa	46
4. Indemnización del daño emergente y del lucro cesante	49
5. Tipificación y valoración de los perjuicios inmateriales	52
6. Tasación de los perjuicios inmateriales	55
7. Derechos colectivos y derechos difusos	56
8. Daño social y derechos colectivos	58
9. El escenario del proceso penal	62
10. La reparación a sujetos colectivos en el marco de la justicia transicional	71
11. La constitución política colombiana y la corte constitucional	74
12. Conclusiones	83

## 1. Introducción

Hablar de daño social con ocasión de la comisión de hechos de corrupción es un asunto nuevo en Colombia.

En un reciente estudio publicado por la universidad EAFIT (2017), se mencionó que “como se ha visto en los grandes casos de corrupción que ha sufrido nuestro país en los últimos años, el sistema de justicia ha escogido un enfoque circunscrito a una sanción penal, sin que esto haya llevado a una disminución de estas graves conductas delictivas contra la administración pública. Por el contrario, los casos de corrupción denunciados parecen ir en aumento sin que las autoridades competentes hayan logrado, entre otras acciones, la de analizar la capacidad de respuesta de la institucionalidad con el fin de prevenir estos delitos o sancionar efectivamente a los responsables, e ir tras los beneficios ilícitos que éstos lograron captar”.<sup>1</sup>

En efecto, el presente estudio busca trascender del enfoque meramente punitivo de propender por una sanción penal para quienes cometen hechos de corrupción tipificados en la ley penal, especialmente en materia de delitos contra la administración pública.

La sanción y la correspondiente reparación deben verse, asimismo, como parte de una estrategia de prevención en un sentido más amplio: la prevención de hechos de corrupción no solo comprende acciones antes de la realización de conductas dañosas, sino también, una debida investigación, juzgamiento, sanción y reparación integral, una vez se hayan cometido los hechos. Lo anterior garantizará que se satisfagan los derechos a la verdad de lo ocurrido, a hacer justicia y a la reparación integral, así como la implementación de garantías de no repetición de lo sucedido.

Un abordaje más amplio y basado en el entendimiento de la complejidad del fenómeno de la corrupción, requerirá de una adecuada integración de nociones y principios del derecho, acciones judiciales, instituciones y normas, de manera que pueda asegurarse una sanción más efectiva a quienes cometen hechos de corrupción, y una adecuada y justa reparación a quienes se vean afectados por la comisión de estos hechos.

Existen aspectos que poco se han trabajado desde la institucionalidad y la normatividad colombiana, como por ejemplo, la posibilidad de que un hecho de corrupción pueda generar daños usualmente invisibilizados: daños al conglomerado social.

En ese sentido, para entender el alcance del concepto del daño social generado por hechos de corrupción, es necesario, en primer lugar, realizar una aproximación al fenómeno de la corrupción y el tipo de bienes que esta afecta y que el derecho trata de proteger. Para ello, en capítulos anteriores se presentaron distintas formas de abordar el concepto de corrupción, de manera que pueda partirse de una definición funcional.

---

<sup>1</sup> EAFIT (2017), ANÁLISIS DE LA RESPUESTA INSTITUCIONAL EN CASOS DE GRAN CORRUPCIÓN, p. 2.

Posteriormente, es necesario entender la manera como el derecho ha creado dispositivos para encontrar a los responsables de la comisión de conductas que afectan a la sociedad, juzgarlos e imponerles una sanción, al tiempo que reconocer distintos daños que pueden surgir con la comisión de un hecho de corrupción. Para ello, se identificaron los elementos de la responsabilidad y los tipos de daño.

Existen afectaciones que trascienden al entendimiento de la teoría y práctica tradicional de la responsabilidad por daños y que no contaban con protección legal ni jurisprudencial, pero que han venido siendo reconocidas en otros países, por lo cual se presentaron algunas experiencias internacionales en materia de daño social, especialmente el caso de Costa Rica.

La identificación de una serie de bienes jurídicamente tutelados por el derecho que puedan ser protegidos mediante acciones administrativas, disciplinarias fiscales y judiciales, así como su acreditación en el marco de dichos procesos, su correspondiente valoración y tasación, y su posterior reconocimiento a título de reparación integral, es el foco central del presente capítulo.

Así las cosas, el presente capítulo hará alusión de manera breve al concepto de la corrupción desde el ámbito colombiano. Luego se presentarán algunos casos donde se ha determinado la reparación de daños a derechos difusos y colectivos, con el fin de aproximar al concepto de daño social. Posteriormente, se presentarán algunas consideraciones con respecto a los posibles escenarios desde los cuales en Colombia se podría reconocer y reparar el daño social que producen los actos de corrupción.

## **2. La corrupción desde el ordenamiento legal e institucional colombiano**

Desde hace un poco más de dos décadas, Colombia ha manifestado su compromiso de luchar contra el flagelo de la corrupción.

Mediante la Ley 412 de 1997, se aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción y, cuatro años más tarde, en 2001, se suscribió la Declaración sobre el Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Posteriormente, asumiendo un compromiso con el sistema de las Naciones Unidas, mediante Ley 970 de 2005, se aprobó la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción.

La adopción y ratificación de las anteriores normas significan un compromiso del Estado colombiano por prevenir y sancionar las prácticas de corrupción.

Un reciente estudio de EAFIT (2017) ha compilado el conjunto de leyes y normas colombianas orientadas a prevenir conflictos de intereses, donde se destacan las siguientes normas:

## Documentos de trabajo – discusión preliminar

- Ley 5 de 1992: Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representante. En ella, se crea la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista la cual tendrá como función conocer los conflictos de intereses que se puedan presentar y reglamenta las incompatibilidades e inhabilidades de los Congresistas.
- Ley 80 de 1993: Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y establece los requerimientos para la participación ciudadana en la contratación estatal. Esta intervención “se desarrollará con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa...” (Congreso Nacional de la República, 1993). Son sujetos a estas normas, por igual, los servidores públicos. Se destaca la importancia de la veeduría ciudadana como figura de vigilancia y control ciudadano.
- Ley 498 de 1998: Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Esta ley tiene como objeto regular el ejercicio de la función administrativa.
- Ley 734 del 2002: por la cual se expide el Código Disciplinario Único. Dicha ley le es aplicable a todos los servidores públicos y a aquellos particulares que presten servicios públicos a cargo del Estado, que se encuentren contemplados en el artículo 53 de la ley 734 de 2002 y el artículo 366 de la Constitución Política, correspondientemente. Son sujetos disciplinables aquellos que realicen una falta disciplinaria, por acción u omisión, “en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones” (Congreso de la República, 2002); en el artículo 35 de la ley en cuestión se encuentran estipuladas las prohibiciones de todo servidor público.

Así mismo, las leyes que se han expedido para imponer sanciones administrativas, disciplinarias y penales son las siguientes:<sup>2</sup>

- Ley 190 de 1995: Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa. En esta ley se destaca el artículo 13, el cual sostiene que para toda posesión y ejercicio de un cargo público “será requisito...la declaración bajo juramento del nombrado, donde conste la identificación de sus bienes públicos” (Congreso Nacional de la República, 1995).
- Decreto 2405 de 1998: Por el cual se transforma en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, la Consejería Presidencial para la Administración Pública en el Programa Presidencial de Lucha contra la corrupción.
- Ley 599 de 2000: Por la cual se expide el Código Penal. En esta ley se tipifican, entre otros, los delitos conexos a corrupción como son los delitos contra la administración pública, la celebración indebida de contratos, enriquecimiento ilícito, así como las penas a imponer.

---

<sup>2</sup> EAFIT, Op. Cit.

## Documentos de trabajo – discusión preliminar

- Ley 610 de 2000: Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Esta ley exige a los servidores públicos y a los particulares, cuando por acción u omisión dolosa o culposa causen un daño al patrimonio del Estado, repararlo.
- Ley 1474 de 2011: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública. Se identifican y definen las medidas administrativas, disciplinarias y penales para la lucha contra la corrupción, los organismos especiales, las políticas e instituciones, y otras disposiciones.
- Decreto 1649 de 2014: Por el cual se modifica la estructura del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Se le asignan funciones a la Secretaría de Transparencia, la cual sustituye al Programa Presidencial de Lucha contra la Corrupción, con el Decreto 4637 de 2011.
- Ley 1864 de 2017: Por la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se dictan otras disposiciones para proteger los mecanismos de participación democrática.

En Colombia se han descrito conductas reputadas como actos de corrupción e incluso se han convertido en tipos penales. La mayoría de los tipos penales generalmente asociados a la corrupción se encuadran en los “delitos contra la administración pública”, pero también hay otros tipos penales. Los siguientes suelen ser los delitos relacionados con hechos de corrupción y sobre los cuales se puede configurar un daño social:

- Peculado (por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente, culposo).
- Concusión.
- Cohecho (propio, impropio, por dar u ofrecer).
- Tráfico de Influencias.
- Enriquecimiento ilícito.
- Prevaricato (por acción, por omisión).
- Utilización de asunto sometido a secreto o reserva.
- Utilización indebida de información oficial privilegiada.
- Celebración indebida de contratos
- Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades
- Interés indebido en la celebración de contratos
- Contrato sin cumplimiento de requisitos legales
- Acuerdos restrictivos de la competencia
- Perturbación del certamen democrático
- Constreñimiento al sufragante
- Fraude al sufragante
- Corrupción de sufragante
- Tráfico de votos
- Voto fraudulento

- Favorecimiento de voto fraudulento
- Mora en la entrega de documentos relacionados con una votación
- Alteración de resultados electorales
- Denegación de inscripción
- Fraude a resolución judicial

El objeto jurídico, lo que tutela el ordenamiento jurídico en estos casos, es la probidad y la honestidad del ejercicio de la actividad estatal por parte de los servidores públicos; la igualdad de los ciudadanos ante la administración; la legalidad e imparcialidad en el servidor público<sup>3</sup>; el principio de la legalidad de la actividad estatal; la rectitud en el ejercicio de la función pública; y el patrimonio estatal como bien lo dispone el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia. Por tanto, la víctima de estos delitos, el sujeto pasivo, es el Estado.

Sobre el debate que suscita la definición de la corrupción, es menester de este estudio poner de presente que la Corte Constitucional en sentencia C-944 de 2012 hizo un acercamiento a la definición del concepto de corrupción y destacó que el modo de detectar este fenómeno es analizar la afectación de cuatro (4) componente básicos del Estado, el componente político desde el punto de vista de la confianza de los administrados respecto del Estado, desde el punto de vista económico minando los recursos públicos que en principio deberían beneficiar a todo el conglomerado, desde el punto de vista administrativo en el entendido que los bienes públicos se destinan para el patrimonio de particulares y por último desde la perspectiva jurídica. Sobre el particular es sustancial traer a colación el pronunciamiento de la Corte en la sentencia en cuestión:

“La corrupción es una de las principales amenazas contra el Estado social de Derecho, pues vulnera los cimientos sobre los cuales se estructura la democracia, generando graves alteraciones del sistema político democrático, de la economía y de los principios constitucionales de la función pública:

1. Desde el punto de vista político, la corrupción reduce la confianza de los ciudadanos en el Estado de derecho, pues implica el desprecio de los intereses de los ciudadanos, quienes se sienten totalmente ajenos a las decisiones públicas. Por lo anterior, se afecta la legitimidad de las decisiones del gobierno y del funcionamiento del Estado de derecho, generándose la apatía y el desconcierto de la comunidad.

---

<sup>3</sup> Constitución Política de 1991, artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

2. Desde el punto de vista económico, la corrupción reduce la inversión, aumenta los costos económicos, disminuye las tasas de retorno y obstaculiza el comercio internacional, aumentando los precios de los bienes y servicios y reduciendo su volumen y calidad. Adicionalmente, este fenómeno facilita la formación de monopolios de hecho, conformados por las empresas que pagan sobornos. La eliminación de la competencia genera a su vez que la empresa que pague sobornos no invierta en todos los recursos necesarios para superar a la competencia, como costes de proyectos, modernización, investigación e inversiones tecnológicas, situación que va en detrimento de los consumidores y del desarrollo de la propia empresa.
3. Desde el punto de vista administrativo público, este fenómeno hace que los recursos públicos se desvíen hacia los patrimonios particulares o del entorno de los funcionarios corruptos, lo cual disminuye la cantidad gastada en fines públicos, especialmente en educación y salud. Por otro lado, se merman las rentas públicas, teniendo en cuenta que el coste irregular del pago de los sobornos constituye una inversión para eludir el pago de costos como los tributos.

Adicionalmente, la reducción de la inversión y del gasto público, ocasionada por la corrupción, afecta directamente el desarrollo económico a largo plazo, situación que se evidencia especialmente en los países menos desarrollados, en los cuales genera un diseño de los programas públicos que desemboca en beneficios para grupos de población relativamente bien situados desde el punto de vista económico en detrimento de las personas más necesitadas.

4. Desde el punto de vista jurídico, la corrupción afecta el correcto funcionamiento de la Administración pública, es decir, el funcionamiento del Estado de acuerdo a los principios de la función pública, en especial de la objetividad, la imparcialidad, la legalidad y la eficiencia.”<sup>4</sup>

Finalmente, Colombia cuenta también con un documento CONPES de política pública anticorrupción, luego de la expedición del CONPES 167 de 2013, denominado “Estrategia Nacional de la Política Pública Integral Anticorrupción”. Este documento definió cinco estrategias dirigidas a prevenir, investigar y sancionar la corrupción:

- a) Mejorar el acceso y la calidad de la información pública para prevenir la corrupción;
- b) Mejorar las herramientas de gestión pública para prevenir la corrupción;
- c) Aumentar la incidencia del control social en la lucha contra la corrupción;
- d) Promover la integridad y la cultura de la legalidad en el Estado y la sociedad y;
- e) Reducir la impunidad en actos de corrupción.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, sentencia C-944 de 2012. M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Referencia: expediente LAT-392 Revisión oficiosa de la Ley 1573 de 2012 “Por medio de la cual se aprueba la Convención para combatir el cohecho de servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales”, adoptada en la ciudad de París, el 14 de noviembre de 2012.

<sup>5</sup> Ibíd.

Lo que vale la pena destacar en este punto es que en Colombia no existe, a la fecha, una definición de corrupción en el derecho positivo.

Lo anterior, como se verá, presenta algunos retos a la hora de delimitar el concepto, pero a la vez brinda también oportunidades de flexibilizar el concepto y evitar limitarlo en demasía, permitiéndole adaptarse a los cambios sociales.

### **3. Los daños extrapatrimoniales en la jurisdicción contencioso administrativa**

Existe una rica y extensa producción jurisprudencial y doctrinal respecto al concepto de daño y los distintos tipos de daño, que exceden las posibilidades de este documento.

A continuación, se presentarán algunas breves claridades conceptuales, de manera que sirva de punto de partida a la discusión sobre la introducción de un nuevo tipo de daño, i.e. el daño social, ocasionado por la comisión de hechos de corrupción.

#### Daño y antijuridicidad del daño

En primer lugar, no es lo mismo hablar de daño que hablar de daño antijurídico. El daño es un concepto amplio, pues se suele entender como un fenómeno natural que produce una pérdida, disminución o menoscabo a un sujeto de derecho.<sup>6</sup> El daño antijurídico es más restringido, pues alude a un hecho jurídico que debe evitarse o repararse porque así lo establece el ordenamiento jurídico, por lo cual, no toda afectación supone la aparición del Derecho: solo lo que le interesa al Derecho tiene alguna calificación jurídica. El daño antijurídico se relaciona con “el daño que no debe ser soportado por la víctima” y, en tal virtud, es el Estado, a través de sus autoridades, quien debe garantizar el resarcimiento de la afectación a un bien jurídicamente protegido.<sup>7</sup>

Para efectos del presente estudio, no basta con que ocurra un daño, como por ejemplo, el daño social; es necesario adicionalmente que este daño esté revestido de antijuridicidad para que pueda ser reparado.

---

<sup>6</sup> Rueda Prada, D., “La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia”, Universidad del Rosario, 2014, p. 15.

<sup>7</sup> *Ibíd.* Al respecto, el Consejo de Estado ha establecido que “El daño antijurídico es una entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica”, Sentencia de la Sección Tercera, 7 de marzo de 2012, Exp.: 21.747, C.P.: Olga Mélida Valle de la Hoz.

Con la expedición de la Constitución de 1991, Colombia pasó de una concepción culpabilista del daño, a una más objetiva. Es decir, se establecía responsabilidad patrimonial del Estado si se demostraba culpabilidad de una autoridad pública -por acción u omisión- y el nexo de causalidad respectivo.<sup>8</sup> Posteriormente, en Colombia se ha definido que debe determinarse si, una persona que sufrió un daño, tenía el deber jurídico de soportarlo. Es decir, el daño será antijurídico no por violación a una norma positiva sino porque la persona que lo padece no estaba en la obligación de soportarlo.<sup>9</sup>

Bajo los anteriores supuestos, para que exista responsabilidad extracontractual del Estado, primero debe establecerse un *daño antijurídico* y luego debe determinarse la *imputación* de dicho daño al ente demandado; es decir, se debe atribuir un vínculo entre el daño y la acción u omisión del agente estatal.<sup>10</sup>

Así, una vez se determina el daño, se pasan a determinar los *regímenes de imputación*. Por ejemplo, la *falla en la Administración* tiene supuestos distintos a los de la responsabilidad objetiva, como es el caso de las teorías del *daño antijurídico* y del *riesgo excepcional*, toda vez que en el caso de la responsabilidad objetiva el análisis se centra en la existencia de un daño antijurídico y no en la falta de la Administración.

Lo anterior cobra relevancia cuando se observa que en el caso de la responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal, la *conducta* antijurídica es un requisito para configurar la responsabilidad. En cambio, en el caso de la responsabilidad del Estado, se puede responder por los daños derivados de una conducta ajustada a Derecho siempre y cuando exista daño antijurídico.<sup>11</sup>

#### Daño vis-à-vis perjuicio

Para un adecuado análisis del daño social generado por hechos de corrupción, objetivo principal de este documento, es útil hacer mención a la diferencia ente daño y perjuicio. Para efectos de este documento y, siguiendo lo establecido por Enrique Gil Botero (2017), el perjuicio es el efecto pecuniario del daño; y el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial, dependiendo del lugar en el cual irradie el daño.<sup>12</sup>

Con esta precisión, puede ahora aclararse, para efectos de este documento, la diferencia entre indemnización y reparación del daño. Considerando que el daño se refiere exclusivamente al hecho que no se está en obligación de soportar, su consecuencia a nivel institucional es la reparación; mientras que el perjuicio, como efecto patrimonial del daño, tiene como consecuencia la indemnización.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Rueda Prada, D., Op. Cit.

<sup>9</sup> Bustamante Ledesma, A. "La responsabilidad extracontractual del Estado", Editorial Leyer, 2003, p. 221.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 7 de diciembre de 2005, Exp.: 14.065, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra.

<sup>11</sup> Rueda Prada, D., Op. Cit., p. 22.

<sup>12</sup> Gil Botero, E., "Responsabilidad extracontractual del Estado", 2017, p. 37.

<sup>13</sup> Rueda Prada, Op. Cit., p. 26.

Así las cosas, habría que determinar si el daño social generado por hechos de corrupción es patrimonial y/o extrapatrimonial. Si es únicamente patrimonial, lo que debería buscarse es la indemnización -en tanto consecuencia del perjuicio. Pero si también se configuran afectaciones de carácter extrapatrimonial, lo que debe buscarse es una reparación -integral.

Ahora bien, a pesar de que el daño recae sobre el bien -o interés- tutelado por el Derecho, el perjuicio se proyecta sobre la persona.<sup>14</sup> Es decir, “mientras la noción de daño es un hecho, la de perjuicio es una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”.<sup>15</sup>

Es por eso que para efectos de determinar el daño social, esa “persona” hace referencia a un colectivo, a saber, la sociedad en general.

#### **4. Indemnización del daño emergente y del lucro cesante: daños patrimoniales**

En el sistema jurídico colombiano, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, el damnificado o lesionado que pretende la indemnización debe demostrar la existencia del perjuicio y su cuantía.<sup>16</sup>

El daño emergente “comprende las erogaciones, gastos, egresos o pérdidas patrimoniales que se derivan del daño. Su indemnización exige la prueba del valor del egreso y la fecha de su causación; como también la forma que adopta, porque puede ser un gasto único como el que corresponde al funeral o tratarse de erogaciones continuadas como las que se presentan con la asunción de medicamentos, tratamientos y terapias”.<sup>17</sup>

La prueba del daño emergente no es solo documental, conforme lo explicó el Consejo de Estado:

“Encuentra la Sala que al proceso se allegaron facturas comerciales respecto de las cuales la parte demandada no solicitó la ratificación y también las cuentas de cobro o las constancias de los pagos realizados a personas naturales por concepto de servicios de enfermería, servicios de transporte y servicio doméstico, documentos que fueron ratificados con declaraciones juramentadas rendidas dentro del proceso, razón por la cual

---

<sup>14</sup> Rueda Prada, D. Op. Cit., en cita a Henao, J.C., y Bénéoit, F.P., “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d’imputabilité)”, en JCP, 1957.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 27.

<sup>16</sup> Hernández Silva, Aida Patricia (2018), “Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado”. Documento de trabajo aportado por la autora al equipo de Transparencia por Colombia.

<sup>17</sup> *Ibíd.*

deben ser tenidas en cuenta para efectos de cuantificar la indemnización a que tiene derecho la peticionante.”<sup>18</sup>

Sobre las fórmulas y procedimientos dispuestos para la tasación tasación del daño emergente, el Consejo de Estado generalmente dispone “la actualización del valor que representa el gasto y reconoce el interés del 6% sobre el mismo capital histórico, en consideración al período transcurrido desde la fecha en que se produjo la erogación y la fecha de la liquidación o sentencia”.<sup>19</sup>

En cuanto al lucro cesante, la indemnización de un perjuicio está condicionada a que el damnificado demuestre la privación del ingreso que percibía mediante el desarrollo de una actividad productiva, laboral o informal. Ante la ausencia de prueba documental, son admisibles los testimonios.<sup>20</sup>

Lo anterior, dado que, para el Consejo de Estado, “el lucro cesante no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto”.<sup>21</sup>

En cuanto a la distribución del ingreso entre los beneficiarios de la indemnización, “el salario mínimo vigente a la fecha del daño o el valor demostrado del ingreso, debe actualizarse a la fecha de la liquidación del lucro cesante, mediante el uso de los índices de precios al consumidor -IPC- emitidos por el DANE, que corresponden al mes de la liquidación, sobre el mes en el cual se causó el perjuicio”.<sup>22</sup>

Cuando se toma como base el salario mínimo legal mensual, “debe compararse el actualizado con el salario mínimo legal vigente a la fecha de la liquidación del lucro cesante, para tomar como base cierta para la tasación del perjuicio, el mayor valor de los dos.”<sup>23</sup>

A la base escogida para la tasación, “se le suma el 25% correspondiente a las prestaciones sociales que debe recibir un sujeto productivo en Colombia, porque se

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 28370 del 3 de diciembre de 2014; CP: Olga Valle de la Hoz.

<sup>19</sup> Hernández Silva, Aida Patricia (2018), “Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado”. Documento de trabajo aportado por la autora al equipo de Transparencia por Colombia.

<sup>20</sup> *Ibíd.*

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia proferida el 12 de junio de 2014; expediente 29501; CP: Jaime Orlando Santofimio G.

<sup>22</sup> Hernández Silva, Aida Patricia (2018), “Indemnización y compensación de perjuicios en la responsabilidad patrimonial del Estado”. Documento de trabajo aportado por la autora al equipo de Transparencia por Colombia.

<sup>23</sup> *Ibíd.*

trata de un asunto de ley que en nada contraviene la consulta misma, pues su pago constituye un imperativo de rango constitucional irrenunciable”.<sup>24</sup>

Para efectos de la medición de la vida probable de un sujeto que falleció por causa de alguna conducta antijurídica generada por una acción u omisión estatal, “las resoluciones que deben utilizarse para establecer la vida probable deben comprender la evaluación estadística del período de tiempo que comprende la fecha del daño cierto. Si bien es posible que a la fecha de presentación de la demanda no se cuente con la resolución que defina la vida probable en consideración al daño por cuya reparación se acude a la jurisdicción, es procedente pedir al juez que utilice la que corresponde, que estará expedida al realizar la liquidación en la providencia”.<sup>25</sup>

Con todo, los medios de prueba en estos procesos son variados, en tanto que la vida probable puede demostrarse no solo con las resoluciones que toman en cuenta las muertes de los asegurados, sino cualquier otra prueba documental, testimonial o pericial.<sup>26</sup>

El lucro cesante consolidado, corresponde al tiempo transcurrido desde la ocurrencia del daño hasta la fecha de la sentencia o liquidación; en tanto que el período futuro corresponde al comprendido entre la fecha de la sentencia o liquidación hasta la fecha en que terminaría la dependencia.<sup>27</sup>

De acuerdo con Hernández Silva (2018), la fórmula para actualizar el ingreso base de la liquidación es la siguiente:

*“Ra = Rh. I. final I. Inicial*

*Para la indemnización debida, consolidada o histórica*

*Y para la indemnización futura*

*S=Ra(1+i)<sup>n</sup> - 1 i (1 + i)<sup>n</sup> Donde*

*S = Suma a obtener*

*Ra = Renta actualizada*

*n = número de meses por período*

*i = 0.004867 Que corresponde a la tasa mensual del interés puro o legal para fórmulas compuesta, que se obtiene así: (1+ i)<sup>1/12</sup> - 1, donde i es la tasa anual de interés legal (6% o 0,06)”.<sup>28</sup>*

---

<sup>24</sup> Consejo de Estado en sentencia 23289 del 23 de septiembre de 2009; CP: Enrique Gil. Ver también Sentencias 15923 del 23 de septiembre de 2009 y 14.686 del 5 de julio de 2006. En Hernández Silva, Aida Patricia (2018), Op. Cit.

<sup>25</sup> Hernández Silva, Aida Patricia, Op. Cit.

<sup>26</sup> *Ibíd.*

<sup>27</sup> *Ibíd.*

<sup>28</sup> *Ibíd.*

En materia de indemnización de los perjuicios derivados de las lesiones físicas, procede la indemnización del daño emergente consolidado o pasado, como también el futuro, que comprende las erogaciones correspondientes al tratamiento de la lesión y sus efectos”.<sup>29</sup> Por su parte, el lucro cesante en este caso se calcula “según el tipo de la incapacidad derivada de la lesión: temporal, definitiva, total, parcial, para lo cual debe demostrarse el efecto de la lesión respecto de la capacidad laboral de lesionado, en consideración a su actividad”.<sup>30</sup>

Por otro lado, en cuanto a los perjuicios derivados de la lesión del derecho de propiedad sobre los bienes, la liquidación puede darse de dos maneras, según la naturaleza, la utilidad del bien y lo pedido. Al respecto, Hernández Silva (2018) ha analizado lo siguiente:

“Tomando el valor del bien indexado a la fecha del daño más los intereses compensatorios, calculados respecto del valor histórico, por el período de tiempo transcurrido desde la causación del daño a la liquidación del perjuicio. O utilizando el valor presente del bien en consideración a su depreciación, como también la renta consolidada y futura, según el caso, liquidada con fundamento en lo que habría producido mensualmente el bien desde que se produjo el daño hasta la fecha final de su vida útil.

Es importante tener en cuenta que es improcedente tasar la indemnización con sustento en el valor del bien, actualizado desde la fecha del daño a la fecha de la liquidación, con los intereses que representan el rendimiento de este capital, junto con el valor correspondiente a lo que ese mismo bien habría producido durante el mismo período, de haberse explotado económicamente. Pues se trataría de un doble reconocimiento de los frutos del bien, pues mientras en el primer evento se toma como tal el interés o rendimiento del capital que representa el valor del bien; con el segundo reconocimiento se le entregaría al propietario otro valor correspondiente al producido del bien.

Serían así dos valores por concepto de lucro cesante. En otras palabras, si se le reconoce el valor actualizado del bien con intereses legales, se entiende que el bien salió del patrimonio del propietario y se le devuelve el subrogado pecuniario con los frutos del capital: los intereses. Y reconocer el valor por el usufructo o explotación del mismo bien, sería considerar que el bien pudo estar en el patrimonio de su dueño y explotado por él. Dos situaciones, abiertamente excluyentes! (...)”<sup>31</sup>

El Consejo de Estado, al respecto, determinó lo siguiente:

“En el evento de la ocupación de inmuebles por trabajos públicos, si se solicita el pago del daño emergente al momento de producirse la ocupación, debidamente indexado, la indemnización es compensatoria y comporta legalmente la transferencia de la propiedad ocupada a la entidad condenada,

---

<sup>29</sup> *Ibíd.*

<sup>30</sup> *Ibíd.*

<sup>31</sup> Hernández Silva, Aida Patricia, *Op. Cit.*, p. 29.

luego el único lucro cesante susceptible de reconocerse será la rentabilidad del dinero. No es posible, entonces, solicitar al mismo tiempo, además de la compensación indemnizatoria (daño emergente) y su rentabilidad (lucro cesante), el pago de lo que el terreno hubiere dejado de producir. Así, y dado que el actor solicitó, en este caso, el pago de lucro cesante, a título de indemnización de perjuicios materiales, hay lugar a que se le reconozca, por dicho concepto, el pago del interés técnico que dejó de producir el valor histórico del terreno ocupado.”<sup>32</sup>

Para Hernández Silva (2018), “la adopción de una u otra forma de tasación depende de la pretensión que formule el damnificado y de la prueba de los perjuicios alegados. Así, la segunda forma de tasación sólo resulta procedente si se demuestra que a la fecha en que se produjo la pérdida total del bien, el mismo era explotado económicamente por su dueño”.<sup>33</sup>

Los anteriores desarrollos jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial del Estado serán un criterio fundamental para delimitar las posibilidades de indemnizar -reparar integralmente- los perjuicios a la sociedad -daño social- generados por actos de corrupción.

## **5. Tipificación y valoración de los perjuicios inmateriales**

El primer antecedente que puede identificarse, para efectos del presente estudio, se remonta a la jurisdicción ordinaria, la cual, hacia la década de 1940, reconoció la existencia de dos categorías: “i) el daño moral subjetivo que a su vez se dividía en el daño al patrimonio moral y daño al patrimonio social, para señalar el daño al buen nombre y a la reputación; y ii) el daño moral objetivado que comprendía las consecuencias económicas derivadas de la lesión a un bien de la personalidad”.<sup>34</sup>

Sin embargo, ha sido en el seno de la jurisdicción de lo contencioso administrativo donde se ha desarrollado con mayor profundidad el reconocimiento de otras categorías de perjuicio extrapatrimonial.

En los años 90, el Consejo de Estado incorporó el denominado perjuicio fisiológico como “categoría distinta de daño material, en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y también de los perjuicios morales subjetivos”.<sup>35</sup> Consideró esta Corporación

---

<sup>32</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia 21888 proferida el 7 de marzo de 2012; CP: Carlos Alberto Zambrano Barrera. Ver también sentencia 13300 de 2001; CP. Alier Hernández.

<sup>33</sup> Hernández Silva, Op. Cit.

<sup>34</sup> Ver sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 23 de abril de 1941, M.P: Aníbal Cardoso Gaitán, Juan A. Donado y Arturo Tapias Pilonieta. En Hernández Silva, Aida Patricia, Op. Cit.

<sup>35</sup> Consejo de Estado, Ssentencia 7428 del 6 de mayo de 1993; C.P. Julio César Uribe Acosta. Consejo de Estado, Ssentencia 7428 del 6 de mayo de 1993; C.P. Julio César Uribe Acosta.

que “el perjuicio fisiológico exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia (la práctica de actividades recreativas, culturales, deportivas, el deseo sexual y la capacidad para la realización del mismo)”.<sup>36</sup>

Años después, el Consejo de Estado reconoció el denominado daño a la vida en relación, una categoría que comprende “los efectos derivados de la lesión a la integridad física y también los derivados de las lesiones a otros derechos como el buen nombre, la libertad e incluso la afectación al patrimonio; aquél que rebasa la parte individual o íntima de la persona y además le afecta el área social, es decir su relación con el mundo exterior; por ello se califica en razón al plano afectado: la vida de relación”.<sup>37</sup>

En algunas sentencias posteriores, el Consejo de Estado se refirió a otra categoría de perjuicio inmaterial denominado “alteración en las condiciones de existencia”, para sustituir el perjuicio a la vida en relación.<sup>38</sup>

Luego, en 2010, el Consejo de Estado reconoció otra categoría especial de perjuicio por vulneración de bienes jurídicos constitucionales. En dicha ocasión, se explicó que “la muerte del padre de un menor no solo causaba un perjuicio moral sino que se vulneraban bienes jurídicos de importancia constitucional, pues estaban directamente relacionados con principios constitucionales que el Estado debe proteger y amparar, en atención a la vulnerabilidad de la población infantil”.<sup>39</sup>

En sentencias posteriores, a esta categoría se le concibió como un tercer concepto de perjuicio inmaterial, al lado del moral y del daño a la salud, con las siguientes características:

“i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.”<sup>40</sup>

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.<sup>41</sup>

---

<sup>36</sup> *Ibíd.*

<sup>37</sup> Ver sentencias del Consejo de Estado No. 11842 del 19 de julio de 2000; C.P. Alier Hernández; 11842 del 19 de julio de 2000; C.P. Alier Hernández y 14083 del 10 de julio de 2003.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2002, Exp. 14357, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de marzo de 2010, No. Exp.32.651, C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, sentencia de Unificación 32988 del 14 de agosto de 2014; CP: Ramiro Pasos; actor: Félix Antonio Zapata González y Otros.

<sup>41</sup> *Ibíd.*

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.<sup>42</sup>

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.”<sup>43</sup>

Posteriormente, el Consejo de Estado adoptó el denominado daño a la salud, concepto proveniente de “una afectación a la integridad psicofísica”.<sup>44</sup> Con esto, dicha Corporación cambió su línea jurisprudencial consistente en indemnizar, por una parte, el daño corporal sufrido y, por otra, las consecuencias que el mismo producía tanto a nivel interno -alteración a las condiciones de existencia-, como externo o relacional -daño a la vida de relación-.<sup>45</sup>

Explicó el Consejo de Estado que, para la tasación del daño a la salud, “debe establecerse un parangón con el monto máximo que se otorgaría en caso de lesiones similares a aquellas objeto de reparación, pero de carácter permanente y, a partir de allí, determinar la indemnización en función del período durante el cual, de conformidad con el acervo probatorio, se manifestaron las lesiones a indemnizar”.<sup>46</sup>

Así las cosas, el máximo órgano de lo contencioso administrativo, reiteró el 28 de agosto de 2014, mediante sentencia de unificación jurisprudencial, que en Colombia se reconocen tres tipos de perjuicios inmateriales: i) el perjuicio moral, ii) la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados y iii) el daño a la salud -perjuicio fisiológico o biológico-, derivado de una lesión corporal o psicofísica.<sup>47</sup>

Es importante precisar en este punto que el perjuicio moral – uno de los tres tipos de perjuicios inmateriales reconocidos actualmente en Colombia- ha sido definido como “el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja,

---

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2011, No. 19.031 y 38.222 C.P. Enrique Gil Botero.

<sup>45</sup> Consejo de Estado, sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, exp. 31170, CP. Enrique Gil Botero, reiterada en sentencia 28832 del 28 de agosto de 2014; CP: Danilo Rojas. En Hernández Silva, Op. Cit.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 26251, C.P.: Jaime Orlando Santofimio.

desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”.<sup>48</sup>

Las anteriores consideraciones se consideran relevantes para efectos de analizar la posibilidad de entender el concepto de daño social, generado por hechos de corrupción.

## 6. Tasación de los perjuicios inmateriales

Hasta el año 2001 y, en relación con el daño moral, el Consejo de Estado se ciñó al límite de indemnización del perjuicio moral que se utilizaba en el Código Penal: 1000 gramos oro.<sup>49</sup> Para el caso del perjuicio fisiológico y el daño a la vida de relación, esta Corporación fijó indemnizaciones de entre 600 hasta 4000 gramos oro.<sup>50</sup>

A partir de 2001, el Consejo de Estado establece su propio límite para la indemnización del daño moral: 100 smlmv. Desde entonces, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los topes indemnizatorios se fijan en smlmv y se individualizan dependiendo de si se trata de víctimas directas o indirectas.<sup>51</sup>

Entre los años 2007 y 2011, el Consejo de Estado estableció distintos topes indemnizatorios en smlmv, dependiendo de las categorías de perjuicios inmateriales: i) para el daño moral, indemnizaciones entre 100 y 150 smlmv para la víctima directa, 100 y 200 smlmv para los padres de la víctima, y 60 y 100 smlmv para los hermanos o víctimas indirectas; ii) para el daño a la vida de relación, indemnizaciones entre 400 y 481 smlmv para la víctima directa, 200 smlmv para los padres, y 100 smlmv para el hermano; iii) para el daño a la salud, entre 200 y 400 smlmv.

Sin embargo, en 2011, el Consejo de Estado consideró que para liquidar el daño moral, debía realizarse un test de proporcionalidad con fundamento en el principio de proporcionalidad, de la siguiente manera:

“(…) Dicho principio comprende tres sub principios que son aplicables al mencionado test: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en el sentido estricto. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como intensidad del dolor, alcance y dosificación de la incapacidad. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Finalmente, en

---

<sup>48</sup> Consejo de Estado, documento ordenado mediante Acta No. 23 del 25 de septiembre de 2013, con el fin de recopilar la línea jurisprudencial y establecer criterios unificados para la reparación de los perjuicios inmateriales.

<sup>49</sup> Hernández Silva, Aida Patricia, Op. Cit.

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> *Ibíd.*

cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del daño y su desdoblamiento.”<sup>52</sup>

Frente a la liquidación del daño a la salud se entendió que tiene dos partes: un componente objetivo y un componente subjetivo: “el primero se cuantifica de acuerdo con la calificación integral de invalidez del dictamen elaborado por la Junta de Calificación, máximo 300 smlmv; el segundo atendiendo a las características específicas de la víctima con fundamento en el acervo probatorio, en las reglas de la experiencia y en la sana crítica, por un monto máximo de 100 smlmv”.<sup>53</sup>

Actualmente, a través de varias sentencias de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado ha resuelto la cuestión de la tasación de los perjuicios inmateriales, estableciendo tablas para cuantificar la indemnización de las tres categorías de perjuicio inmaterial o extrapatrimonial.<sup>54</sup> De este modo, i) para el daño moral en los casos de muerte, lesiones y privación injusta de la libertad: tope de 100 smlmv; ii) para la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados: como regla general se privilegia la reparación no pecuniaria, y iii) para el daño a la salud: tope de 100 smlmv.<sup>55</sup>

## 7. **Derechos colectivos y derechos difusos**

A continuación, se entra a considerar el concepto de derechos colectivos y difusos y su posible afectación, como un parámetro para analizar posteriormente el concepto de daño social.

De acuerdo con el Consejo de Estado, “los intereses difusos son definidos como el género, mientras los colectivos son considerados la especie. Es decir, los difusos se identifican con bienes que se refieren a todos y cada uno de los componentes de la sociedad, y los colectivos se refieren a componentes que identifican agrupaciones determinadas. Por su parte, esta Corporación ha querido acoger esta distinción doctrinal, señalando que los intereses o derechos difusos son aquellos que no están en cabeza de una asociación que los proteja, mientras los colectivos sí lo están”.<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2011, Exp. 20.144, C.P. Jaime Orlando Santofimio.

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de julio de 2013, C.P. Jaime Orlando Santofimio, Exp.: 28792, 36295, 39548, 40967, 44532.

<sup>54</sup> Hernández Silva, Aida Patricia, Op. Cit.

<sup>55</sup> *Ibíd.*

<sup>56</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Radicación número: 08001-23-31-000-2004-02553-01(AP), sentencia del 8 de junio de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En la misma línea, ha establecido esa Corporación que “los derechos o intereses colectivos aluden en estricto sentido a un interés particular predicable de un determinado grupo, como por ejemplo, las asociaciones de vecinos o de defensores del medio ambiente. Por el contrario, los intereses o derechos difusos son aquellos respecto de los cuales no es posible predicar titularidad individual o grupal, sino comunal, noción considerada cercana al concepto de interés público; así, por ejemplo, los intereses de un conjunto de propietarios ribereños que potencialmente pueden verse afectados por los desperdicios tóxicos que una empresa deposite en el río, serán intereses difusos”.<sup>57</sup>

Bajo estos supuestos, ¿dónde podría enmarcarse el concepto de daño social?, ¿podría ser, en algunos casos, un interés difuso y en otros casos, un interés colectivo?

Por ejemplo, en el caso del derecho colectivo a la moralidad administrativa, la jurisprudencia constitucional y contencioso administrativa ha señalado que este puede resultar vulnerado o amenazado cuando se verifiquen dos supuestos: i) que se pruebe la existencia de unos bienes jurídicos afectados y su real afectación, tales como la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general, la negación de la corrupción, entre otros; ii) que se pruebe el acaecimiento de una acción u omisión, de quienes ejercen funciones administrativas, con capacidad para producir una vulneración o amenaza de dichos bienes jurídicos.<sup>58</sup>

En el caso anterior relacionado con el derecho colectivo a la moralidad administrativa, la vulneración se genera “a causa del desconocimiento de ciertos parámetros éticos y morales sobre los cuales los asociados asienten en su aplicación”,<sup>59</sup> teniendo en cuenta que “lo moral para la administración es todo aquello que dentro del marco constitucional y legal propenda por el cumplimiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública”.<sup>60</sup>

La discusión que viene será determinar si los daños extrapatrimoniales que pueda generar un hecho de corrupción, a título de daño social, podrían ser cuantificables y objeto de resarcimiento. Ya se ha visto que los daños patrimoniales, al generar un perjuicio, suponen de suyo que sí sean cuantificables pecuniariamente y, por ende, indemnizables.

Así las cosas, anteriormente, la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo reconocía el daño moral como daño extrapatrimonial resarcible por el Estado.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> *Ibíd.*

<sup>58</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicado No. 25000-23-26-000-2005-01330-01(AP), sentencia del 8 de junio de 2011, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>59</sup> *Ibíd.*

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicado No. 25000-23-24-000-2004-00894-01(AP), sentencia del 16 de marzo de 2017, C.P.: Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>61</sup> Rueda Prada, D., *Op. Cit.*

En las últimas dos décadas, se han reconocido otro tipo de daños que afectan ciertos derechos y que deben ser indemnizados, luego de la interpretación -cada vez más aceptada- de los estándares establecidos en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, tras la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>62</sup>

De acuerdo con la jurisprudencia contencioso administrativa, el daño debe ser personal y cierto. Lo personal alude a la titularidad del bien jurídicamente protegido, cuya reparación se solicita, lo que comúnmente se ha denominado “legitimación en la causa por activa”. El daño debe ser personal porque solo se puede reparar a quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso.<sup>63</sup>

Para que exista legitimación en la causa por activa, debe darse una relación directa entre la parte actora y los intereses jurídicos involucrados en el proceso. Por ello, si el titular de una eventual solicitud de reparación por daño social es la sociedad misma como colectivo, es importante identificar cuáles son los intereses jurídicos involucrados en el proceso. Solo de esta manera podrá identificarse la relación entre “la sociedad” - como titular de la acción reparadora del daño social generado por actos de corrupción- y los intereses jurídicos que se alegan afectados.

Al respecto, en entrevista realizada a Enrique Gil Botero, ex Consejero de Estado y ex Ministro de Justicia y del Derecho,<sup>64</sup> se consideró que el concepto de daño colectivo es afín al de daño social; la sociedad es un colectivo y el daño social puede tener cabida bajo este entendimiento. Se consideró que en el derecho colombiano podría estructurarse esta nueva categoría.

Con todo, dado que el concepto del daño colectivo ha sido más doctrinal, se hizo mención a que no es fácil buscar una salida por la vía de crear una norma jurídica, como por ejemplo, una ley expedida por el Congreso. En efecto, se cuestionó la eficacia de las normas vigentes, aduciendo que no se trata de expedir más normas, sino de que las normas existentes sean efectivamente aplicadas, de manera que se cumpla con el objetivo de la eficacia del Derecho.<sup>65</sup>

Adicionalmente, con respecto al potencial que podría tener la introducción al sistema jurídico colombiano del concepto de daño social como consecuencia de hechos de corrupción, se mencionó que esto significaría un paso adelante frente a la aplicación misma de sanciones (penas), pues lograr acreditar el daño social y repararlo, podría tener un efecto disuasivo mucho mayor. Lo anterior, en tanto que “no puede seguir siendo rentable ser corrupto, pues desde una lógica de costo-beneficio, la pena termina siendo un mal menor si, al final de pagar la sanción, quien cometió el acto de corrupción

---

<sup>62</sup> *Ibíd.*

<sup>63</sup> *Ibíd.*, p. 29.

<sup>64</sup> Entrevista realizada el 14 de agosto de 2018, por parte del equipo de Transparencia por Colombia.

<sup>65</sup> *Ibíd.*

se retira con una gran suma de dinero para su propio peculio, tal como ocurrió con el caso de ‘El Chatarrero’ ”.<sup>66</sup>

Con todo, es claro que la recuperación de los activos vinculados a los grandes casos de corrupción es una tarea pendiente, no solo desde el punto de vista de responsabilidad penal, sino también fiscal, pues si un corrupto no obtiene beneficios económicos, se desincentiva la comisión de actos de corrupción.

Al respecto de lo anterior y, pese a las dificultades que implica el proceso de extinción de dominio, y más en tratándose de casos de corrupción, cabe resaltar que frente a este particular la política criminal ha tenido importantes avances, siendo uno de ellos la expedición de la Ley 1849 de 2017, la cual modificó el Código de Extinción de Dominio.

En este sentido, es de anotar que, gracias a esta novedosa regulación legislativa, se ha logrado configurar un avance importante en el desarrollo de la política criminal del país, tendiente está a generar un escenario de eficiencia y eficacia en los procesos de extinción del dominio de bienes que provienen de acciones delincuenciales.

Para efectos de este documento, es importante traer a colación la figura de la delación premiada, figura a través de la cual un actor involucrado en el delito podría, como contraprestación a su cooperación, conservar un porcentaje de los bienes obtenidos con el delito, generando así escenarios propicios para la lucha y la persecución de casos de gran corrupción.

## **8. Daño social y derechos colectivos**

En la teoría clásica del derecho de daños, no puede existir un daño que no obedezca, de manera correlativa, a un bien jurídicamente protegido por el derecho. Como se mencionó

En ese sentido, hablar de daño social supone identificar previamente cuáles son esos bienes jurídicamente protegidos por el derecho en función del colectivo social. Cuál es la afectación en caso de que ocurran ciertas conductas.

Ya se ha hecho alusión al caso del derecho colectivo a la moralidad administrativa, al cual el Consejo de Estado le ha dado contenido con intereses jurídicos como el de la buena fe, la ética, la honestidad, la satisfacción del interés general y la negación de la corrupción.

Sin embargo, es importante reiterar que la legislación colombiana establece una lista no taxativa de derechos colectivos.

---

<sup>66</sup> *Ibíd.*

En Colombia, la Constitución Política de 1991 y la Ley 472 de 1998 han establecido un listado de derechos colectivos que pertenecen al grupo, de manera homogénea, y cuya protección puede ser solicitada a través de las denominadas acciones populares.

Los derechos colectivos consagrados en el artículo 4º de la Ley 472 de 1998 son los siguientes:

- a) El goce de un ambiente sano;
- b) La moralidad administrativa;
- c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente;
- d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público;
- e) La defensa del patrimonio público;
- f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación;
- g) La seguridad y salubridad públicas;
- h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública;
- i) La libre competencia económica;
- j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna;
- k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos;
- l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente;
- m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes;
- n) Los derechos de los consumidores y usuarios.

Además de este listado, la Ley 472 dispone que también son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia.

Ahora bien, el propósito de introducir el concepto de daño social en el derecho colombiano, no necesariamente implica la creación de nuevos derechos colectivos, adicionales a los ya establecidos en la Ley 472 de 1998. Podría pensarse más bien que la vulneración a alguno de los derechos colectivos ya establecidos en la mencionada Ley, podría dar lugar a un daño social.

Así, podría afirmarse que puede generarse un daño social dependiendo de la magnitud y la intensidad de la vulneración a un derecho colectivo -de los consagrados en la Ley 472 de 1998-.

Ahora bien, en relación con el daño social que se genera por la comisión de hechos de corrupción, lo que sigue es determinar cuáles serían los derechos colectivos que se verían vulnerados. No pareciera dable afirmar que los hechos de corrupción vulneren cualquier derecho colectivo. Por ello es determinante enmarcar un entendimiento común acerca de la corrupción, pues no todos los derechos colectivos se ven afectados por los hechos de corrupción. Habrá que determinar qué derechos colectivos cumplen con un objeto jurídicamente tutelado que se relacione con el daño que genera un hecho de corrupción.

La corrupción genera una serie de daños que suelen relacionarse con la disposición de recursos públicos para fines de lucro personal. El componente patrimonial suele ser un criterio determinante para identificar los daños que produce la corrupción, por lo cual existe una relación más directa con derechos colectivos como el del patrimonio público y la moralidad administrativa, derechos colectivos de los que se suele ocupar la Sección tercera del Consejo de Estado, a diferencia de los otros derechos colectivos, objeto de análisis por parte de la Sección Primera de la misma Corporación.

Así mismo y, en clave de lo expuesto anteriormente, es posible también advertir que la moralidad administrativa no se ve afectada exclusivamente cuando una actuación irregular de un funcionario público o de un privado compromete el patrimonio público. En efecto y, de acuerdo con el tipo de actuación irregular en la que se incurra, un funcionario público - o un privado prestando función pública- podría soslayar la moralidad administrativa en el evento en que utilicen de forma irregular sus competencias a fin de conseguir para sí o para terceros un beneficio, ya sea este patrimonial o social.

Como se puede evidenciar, no solo la afectación del patrimonio público es un hecho constitutivo de afectación del derecho colectivo a la moralidad administrativa; esto podría llevar a pensar que el daño social puede entenderse como un tipo de daño que puede ser vinculado a todo tipo de irregularidad donde se concluya la existencia de un hecho de corrupción incluyendo la corrupción privada.

Por otro lado, también es dable pensar que el daño social pudiese enmarcarse dentro de los derechos colectivos que tiene íntima relación con los derechos humanos y su afectación, de modo que puede entenderse sin lugar a equívocos que el daño social puede ser entendido como un tipo de daño que afecta el derecho al acceso a infraestructura de servicios público y la salubridad pública.

Pero también pueden generarse otros tipos de daño intangibles, no patrimoniales, cuando ocurren hechos de corrupción.

¿Dónde entra la categoría de daño social? ¿Entra en los daños de contenido patrimonial cometidos contra la sociedad, o entra en los daños de contenido no patrimonial cometidos contra la sociedad? ¿Puede encajar en ambos casos?

¿Podría pensarse en la existencia de “derechos colectivos innominados”, tales como la confianza en la institucionalidad?

¿La protección y reparación de este tipo de derechos colectivos sería igual a la protección y reparación de los derechos colectivos nominados de la Ley 472 de 1998?

En Costa Rica, el concepto de daño social se ha configurado a partir de su concepto antagónico “bienestar social”. Es decir, “el conjunto de sentimientos de satisfacción material e inmaterial que producen en las personas y colectividades una serie de condiciones que influyen en la calidad de vida y que no pueden reducirse únicamente al nivel de renta (ingresos económicos), sino que incluye otras dimensiones importantes de la existencia humana como la salud, la educación, los servicios, la infraestructura, la vivienda, la seguridad, la justicia, el entorno, entre otros”.<sup>67</sup>

Cuando esas condiciones de bienestar de las que goza una sociedad son alteradas o sufren un menoscabo, se produce una afectación de los “intereses públicos” que se ven reflejados en el deterioro del bienestar general, produciendo en consecuencia un daño social.

En el caso de la comisión de actos de corrupción, se ha considerado que estos contraen el crecimiento económico, reducen la calidad de vida de los habitantes, y quebrantan la confianza de los ciudadanos en los servidores públicos y en la calidad de los servicios que ofrece el estado.<sup>68</sup>

De acuerdo con lo anterior, se podría concluir que los derechos colectivos que se pueden ver afectados por un hecho de corrupción podrían ser objeto de la protección del juez constitucional a través de los mecanismos de protección de los derechos colectivos y de igual manera es procedente afirmar que en esta clase de proceso se podría incluir el concepto de daño social como supuesto de indemnización.

No obstante, es de aclarar que, en principio, la acción procedente no podría ser la acción popular comoquiera que esta acción es, esencialmente, de carácter preventivo. En efecto, la Ley 472 (Art. 2º), establece que las acciones populares se ejercen “para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos”. En todo caso, se debe aclarar que también están previstas para “restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”;<sup>69</sup> es decir, también buscan retrotraer los efectos del daño a las condiciones anteriores a su acaecimiento.

---

<sup>67</sup> Documento “Corrupción y daño social” presentado por el gobierno de Costa Rica, Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: penalización y aplicación de la ley y cooperación internacional, 24 a 28 de octubre de 2011.

<sup>68</sup> *Ibíd.*

<sup>69</sup> Ley 472 de 1998, Art. 2º.

Según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la acción popular está constituida para restaurar un daño y no para repararlo y, únicamente se puede constituir un reconocimiento económico a favor de una entidad pública no culpable del hecho. Así lo expuso el Consejo de Estado:

“Previo el análisis de fondo resulta de vital importancia aclarar que respecto de las indemnizaciones solicitadas por vía de acción popular, esta Sala ha señalado en reiterados pronunciamientos que sólo proceden con fines restaurativos del daño acaecido y a favor de la entidad pública no culpable. En diferentes sentencias lo ha expresado así: “La pretensión de los actores encaminada a que se indemnicen los daños y perjuicios ocasionados por el daño ambiental al ecosistema de la Laguna de Fúquene a las personas directamente afectadas y a las que llegaren a demostrarlo en concreto es impróspera, pues según el artículo 34 de la Ley 472 de 1998 la condena al pago de los perjuicios causados por el daño a un derecho o interés colectivo y, en particular a los recursos naturales, se hace en favor de la entidad pública que los tenga a su cargo, para la restauración del área afectada.”<sup>70</sup>

A diferencia de las acciones populares, las acciones de grupo -también previstas en la legislación nacional mediante Ley 472 de 1998-, se ejercen exclusivamente para obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

A pesar de lo anterior, la misma Ley 472 limita el margen de maniobra en relación con acciones de grupo al definir, en su artículo 3º, que son acciones interpuestas “por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas” (subrayado fuera de texto).

Nótese que, según la Ley 472, una misma causa -para el caso objeto de estudio se trataría de un hecho de corrupción- tendría que originar perjuicios individuales para las personas accionantes. Eso quiere decir que, si se mantiene la definición de que el daño social afecta derechos difusos y estos, a su vez, no son individualizables, las acciones de grupo, tal como las consagra la legislación colombiana, tampoco serían idóneas para reclamar una indemnización por daño social generado por hechos de corrupción.

## **9. El escenario del proceso penal, las atribuciones de la fiscalía general de la nación y su metodología de investigación**

---

<sup>70</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, del 19 de noviembre de 2009, Radicación No. 05001-23-31-000-2004-05274-01(AP), C.P.: Marco Antonio Velilla Moreno.

El Ministerio de Justicia y del Derecho y la Comisión Asesora de Política Criminal han afirmado que el fortalecimiento investigativo, y no el endurecimiento punitivo, es una de las más importantes herramientas para solucionar la guerra contra el crimen.<sup>71</sup> Para el Ministerio de Justicia, la certeza de que los responsables de hechos de corrupción serán investigados y sancionados, es una herramienta eficiente de prevención de futuros hechos de corrupción.<sup>72</sup>

Esto reafirma la línea del Gobierno Nacional en cuanto a que la lucha anticorrupción va más allá del enfoque retributivo que busca sancionar con privación de la libertad a quien comete actos de corrupción. Al contrario, la pena es solo un elemento dentro de un conjunto de medidas adicionales, que en últimas deben garantizar que la acción penal sea efectiva y eficaz.<sup>73</sup>

Con todo, tal como ha sido corroborado en un reciente estudio realizado por la Universidad de Los Andes y posteriormente reseñado por la universidad EAFIT, el fortalecimiento de la capacidad investigativa de la Fiscalía General de la Nación es un propósito de Estado, con miras a lograr acciones penales más efectivas y reducción de la impunidad frente a hechos de corrupción.<sup>74</sup>

Por tanto, la Fiscalía ha sido fortalecida normativa y organizacionalmente, con un mejor nivel de especialización de funcionarios, la creación de nuevas herramientas investigativas, el fortalecimiento del enfoque territorial y, de manera especial, un esquema gerencial que procure una mejor coordinación entre sus dependencias y criterios de priorización y selección de casos a ser investigados.<sup>75</sup>

Como resultado de esta reestructuración de la Fiscalía, se aprobaron varias directivas que se relacionan de manera directa con la investigación de casos de corrupción, pues modificaron la metodología de investigación de esta entidad, incrementando sus resultados y eficiencia:

- Directiva 01 de 2012, “Por medio de la cual se adoptan unos criterios de priorización de situaciones y casos, y se crea un nuevo sistema de investigación penal y de gestión de aquellos en la Fiscalía General de la Nación”.
- Directiva 01 de 2015, “Por medio de la cual se explica la naturaleza, se establecen los alcances y se fijan límites sobre el contenido de las directivas”.
- Directiva 02 de 2015, “Por medio de la cual se amplía y modifica la Directiva 01 de 2012, se desarrolla el alcance de los criterios de priorización de situaciones y casos, y se establecen los lineamientos para la planificación y gestión estratégica de la investigación penal en la Fiscalía General de la Nación”.

---

<sup>71</sup> Ministerio de Justicia y del Derecho (2012), en EAFIT (2017), Op. Cit

<sup>72</sup> *Ibíd.*

<sup>73</sup> *Ibíd.*

<sup>74</sup> EAFIT, Op. Cit.

<sup>75</sup> *Ibíd.*

El esquema de priorización consiste, grosso modo, en i) establecer dinámicas o patrones comunes entre distintos casos, donde se tienen en cuenta aspectos como el tipo de delitos, el número y calidad de las víctimas y victimarios, la fecha de los hechos, lugar de comisión, y modus operandi, y ii) valorar los criterios subjetivos y objetivos de priorización. Es decir, atender las características de las víctimas y los victimarios (subjetivo); analizar la gravedad de la conducta, el grado de afectación y su representatividad -impacto que generó el hecho; y determinar si el caso es viable y factible en términos investigativos.<sup>76</sup>

La Directiva 01 de 2012 de la Fiscalía General marcó un hito institucional, propendiendo por combatir la criminalidad organizada de forma más eficiente, a través de un modelo de “investigación en contexto”.<sup>77</sup> El Comité de Priorización de Situaciones y Casos, instancia encargada de priorizar casos en la Fiscalía, ha priorizado casos como el del denominado “carrusel de la contratación”, mediante Acta 001 de 2012, por cuenta de la Unidad Nacional de Análisis y Contextos.<sup>78</sup>

La metodología de priorización de casos puede comprender un enfoque territorial, un conjunto de conductas delictivas, o alguna problemática generada por una organización criminal que se dedique, por ejemplo, a cometer hechos de gran corrupción.<sup>79</sup>

Con base en cifras aportadas por la propia Fiscalía General<sup>80</sup>, en el periodo 2012-2015, en lo que tiene que ver con casos de corrupción por delitos en contra de la administración pública, 29 de 35 fiscalías seccionales aumentaron la tasa de imputación, 6 mantuvieron la misma tasa y ninguna dirección seccional disminuyó su porcentaje de imputaciones a lo largo de este periodo.<sup>81</sup>

Lo anterior es de la mayor relevancia para el presente estudio, pues la metodología de investigación de la Fiscalía puede ser un escenario propicio para promover la identificación de daño social con ocasión de la comisión de hechos de corrupción, teniendo en cuenta que el análisis de contextos puede llevar a esclarecer redes y apoyos realizados por algunos funcionarios públicos, que de manera ordinaria, no habrían sido posibles de detectar con las metodologías penales tradicionales.

En efecto, en reciente entrevista realizada por el equipo de Transparencia por Colombia al procurador delegado para el Cuidado del Patrimonio Público, la Transparencia y la Integridad, este sugirió que la existencia de un daño social podría ser uno de los criterios para que la Fiscalía priorice su esquema de investigación penal, en determinados casos.

---

<sup>76</sup> *Ibíd.*

<sup>77</sup> *Ibíd.*

<sup>78</sup> *Ibíd.*

<sup>79</sup> *Ibíd.*

<sup>80</sup> *Ibíd.*

<sup>81</sup> Fiscalía General de la Nación (2016), en EAFIT, Op. Cit.

## El incidente de reparación integral

Mediante el Acto Legislativo 003 de 2002, se entregó a la Fiscalía General la titularidad de la acción penal. Lo anterior supone que, a partir de dicha reforma constitucional, la Fiscalía sea la encargada de movilizar el aparato judicial a fines de investigar, juzgar y sancionar las conductas penales.<sup>82</sup>

Pero además, el constituyente también dotó a la Fiscalía de una función especial en protección y garantía de los derechos de las víctimas del delito, al establecerse en el artículo 250 de la Constitución Política -modificado por el referido acto legislativo 003 de 2002-, lo siguiente:

“La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas (...)
6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.
7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.” (subrayado fuera de texto original).<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP7576-2016, Radicación No. 45966, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Bogotá, 2 de noviembre de 2016.

<sup>83</sup> *Ibíd.*

La Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han reiterado que la Fiscalía, además de ser titular del ejercicio de la acción penal, tiene la función de velar por las víctimas, no solo en lo que atañe a la sanción del perpetrador, sino que además debe protegerlas y contribuir para lograr la reparación integral de los daños ocasionados con el punible.<sup>84</sup>

Adicionalmente, la Ley 906 de 2004, en su artículo 114, desarrolla las atribuciones del fiscal en punto de la protección de las víctimas y su reparación integral como forma de acceder efectivamente a la administración de justicia.<sup>85</sup>

Lo anterior significa que el delegado de la Fiscalía, en un caso concreto, por mandato constitucional y legal, debe procurar que las víctimas obtengan la reparación integral del daño, pudiendo ser quien incoa el incidente de reparación integral.<sup>86</sup>

Por otro lado, la Ley 906 de 2004, en su artículo 102, asignó a la Fiscalía la posibilidad de ejercer la acción civil vía incidente de reparación integral, a continuación del proceso penal. La víctima es quien está legitimada para promover el incidente de reparación integral pero también lo puede hacer el Ministerio Público.<sup>87</sup>

En cuanto al incidente de reparación integral, la Corte Suprema de Justicia ha establecido una línea jurisprudencial en relación con la naturaleza exclusivamente civil de dicha figura procesal.<sup>88</sup> En efecto, ha dispuesto la Corte Suprema lo siguiente:

- Se trata de un mecanismo procesal posterior e independiente al trámite penal, pues ya no se busca obtener una declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Corte Suprema de Justicia, Op. Cit., y Corte Constitucional colombiana, sentencia C-209 de 2007.

<sup>85</sup> Ley 906 de 2004, artículo 114. Atribuciones. La Fiscalía General de la Nación, para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones: (...) 6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar. 8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas. 12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto (...)"

<sup>86</sup> Corte Suprema de Justicia, Op. Cit.

<sup>87</sup> Ley 906 de 2004, artículo 102. Procedencia y ejercicio del incidente de reparación integral. "Emitido el sentido del fallo que declara la responsabilidad penal del acusado y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador abrirá inmediatamente el incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal, y convocará a audiencia pública dentro de los ocho (8) días siguientes. Cuando la pretensión sea exclusivamente económica, solo podrá ser formulada por la víctima directa, sus herederos, sucesores o causahabientes".

<sup>88</sup> Corte Suprema de Justicia, SP4559 del 13 de abril de 2016, Radicación No. 47.076.

<sup>89</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencias del 13 de abril de 2011, radicado 34.145, que se apoya en el fallo C-409 de 2009 de la Corte Constitucional, y del 29 de mayo de 2013, radicado 40.160.

- El trámite debe circunscribirse a debatir lo relativo a la responsabilidad civil, sin que puedan cuestionarse asuntos ya superados del ámbito penal, dado que han sido resueltos en fallo de condena ejecutoriado, de tal manera que el incidente de reparación se aparta completamente del trámite penal.<sup>90</sup>

- Como se trata de una acción civil al final del proceso penal, una vez declarado un sujeto penalmente responsable, cuando se busca la valoración de los daños causados con la ilicitud que se declaró cometida, se impone aplicar los criterios generales consagrados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, norma que regula que dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños causados, “atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.<sup>91</sup>

En líneas generales, las normas que regulan las reparaciones en el ámbito penal, están contempladas en la Ley 906 de 2004, en los artículos 11-C sobre los derechos de las víctimas<sup>92</sup>; 22 sobre restablecimiento del derecho afectado<sup>93</sup>; 92 y siguientes sobre medidas cautelares, destacándose el artículo 99 que regula las medidas patrimoniales en favor de las víctimas<sup>94</sup> y 102 a 108 sobre el incidente de reparación integral, entre otras.<sup>95</sup>

Como se mencionó, el incidente de reparación, a pesar de regirse por las normas civiles, tiene su génesis en el proceso penal, siendo una cuestión independiente pero accesoria

---

<sup>90</sup> Corte Suprema de Justicia, providencias del 27 de junio del 2012, radicado 39.053, y del 9 de octubre de 2013, radicado 41.236.

<sup>91</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP7576-2016, Radicación No. 45966, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Bogotá, 2 de noviembre de 2016.

<sup>92</sup> Ley 906 de 2004, artículo 11. Derechos de las víctimas. “El Estado garantizará el acceso de las víctimas a la administración de justicia, en los términos establecidos en este código. En desarrollo de lo anterior, las víctimas tendrán derecho: (...) c) A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código”.

<sup>93</sup> Ley 906 de 2004, artículo 22. Restablecimiento del derecho. “Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”.

<sup>94</sup> Ley 906 de 2004, artículo 99. Medidas patrimoniales a favor de las víctimas. “El fiscal, a solicitud del interesado, podrá:

1. Ordenar la restitución inmediata a la víctima de los bienes objeto del delito que hubieren sido recuperados.
2. Autorizar a la víctima el uso y disfrute provisional de bienes que, habiendo sido adquiridos de buena fe, hubieran sido objeto de delito.
3. Reconocer las ayudas provisionales con cargo al fondo de compensación para las víctimas”.

<sup>95</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP7576-2016, Radicación No. 45966, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Bogotá, 2 de noviembre de 2016.

al mismo; la normatividad civil aplicable -Código de Procedimiento Civil- define el término de “incidente”<sup>96</sup>.

Así las cosas, el Código de Procedimiento Penal se encarga de definir la legitimación en la causa activa para activar el incidente de reparación integral (Art. 102), refiriéndose a la víctima, el fiscal o el Ministerio Público a instancias de la primera, y establece la legitimación pasiva, en contra del condenado dentro del proceso penal y/o los terceros civilmente responsables (Art. 103, 107 y 108).

En cuanto a la oportunidad, el incidente se activa una vez ha quedado en firme la sentencia penal (Art. 102); el objeto, es la reparación de los daños causados con el delito (Art. 102); el trámite procesal<sup>97</sup> y la caducidad de la solicitud que solo puede ser incoada dentro de los de 30 días posteriores a la ejecutoria de la sentencia condenatoria.<sup>98</sup>

Lo que sigue se relaciona con las posibilidades de la Fiscalía y del Ministerio Público (Procuraduría) para cumplir con sus funciones de velar por la reparación del daño, toda vez que este documento propende por encontrar un camino jurídico para introducir el concepto del daño social.

En relación con el rol de la Fiscalía, en ciertos casos el titular de la acción penal puede ostentar la calidad de parte actora dentro del incidente, cuando en cumplimiento de las atribuciones que le confiere la disposición citada, es la Fiscalía quien lo promueve a solicitud del afectado. Pero cuando quien acciona es la propia víctima o el Ministerio Público a instancias de aquella, la Fiscalía puede valorar la posibilidad de intervenir o no en el incidente y dependerá de las circunstancias propias de cada asunto en particular, determinar si en ese caso consigue apoyar a la víctima en el resarcimiento del daño causado o si su presencia en nada contribuye a facilitar el objeto del incidente.<sup>99</sup>

Es decir, no existe una norma que obligue al fiscal a asistir al trámite incidental, como tampoco la hay en el sentido de excluirlo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “es necesario realizar una interpretación sistemática y teleológica de las normas legales y constitucionales mencionadas, para concluir que si la misma Carta Superior le impone funciones al Organismo Acusador en punto de la reparación de los perjuicios causados a la víctima y además, le posibilita accionar en tal episodio procesal,

---

<sup>96</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 135. Incidentes y otras cuestiones accesorias. “Se tramitarán como incidente las cuestiones accesorias que la ley expresamente señale; las demás se resolverán de plano, y si hubiere hechos que probar, a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos”.

<sup>97</sup> Ley 906 de 2004, artículos 103 a 105.

<sup>98</sup> Ley 906 de 2004, Art. 106.

<sup>99</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP7576-2016, Radicación No. 45966, M.P. Eyder Patiño Cabrera, Bogotá, 2 de noviembre de 2016.

puede el Ente Investigador acudir al mismo, en diversa condición -parte o interviniente- según sea o no quien promueve la actuación”.<sup>100</sup>

Con respecto al rol del Ministerio Público, el artículo 109 de la Ley 906 de 2004 dispone que este intervendrá en el proceso penal “cuando sea necesario”, en defensa del i) orden jurídico, ii) el patrimonio público, o iii) de los derechos y garantías fundamentales.

El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho.<sup>101</sup> De acuerdo con el artículo 110 de la Ley 906, la agencia especial es una figura que se activa de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes en el proceso penal, o del Gobierno Nacional -podría ser por ejemplo solicitada por el Ministerio de Justicia y del Derecho-.

Las funciones del Ministerio Público dentro del proceso penal, en la indagación, investigación y juzgamiento, en incluso durante el incidente de reparación integral, están consagradas en el artículo 111 de la Ley 906 de 2004, y para efectos de este documento, se destacan las siguientes:

“1. Como garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales:  
(...)

c) Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;

2. Como representante de la sociedad: (...) b) Procurar la indemnización de perjuicios, el restablecimiento y la restauración del derecho en los eventos de agravio a los intereses colectivos, solicitar las pruebas que a ello conduzcan y las medidas cautelares que procedan; c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado; d) Participar en aquellas diligencias o actuaciones donde proceda la disponibilidad del derecho por parte de la víctima individual o colectiva y en las que exista disponibilidad oficial de la acción penal, procurando que la voluntad otorgada sea real y que no se afecten los derechos de los perjudicados, así como los principios de verdad y justicia, en los eventos de aplicación del principio de oportunidad.”

Puede notarse que el Ministerio Público cumple un rol de representación de la sociedad, y debe procurar que exista una adecuada indemnización de perjuicios. Así mismo, se habilita de manera explícita su intervención en representación de víctimas “colectivas”, lo cual podría dar un espacio importante para promover la inclusión del concepto de daño social.

---

<sup>100</sup> *Ibíd.*

<sup>101</sup> *Ibíd.*

En clave de lo expuesto, no se puede olvidar que dentro del incidente de reparación integral debe también tenerse en cuenta que la Ley 190 de 1995, en su artículo 36<sup>102</sup> dispuso la obligación de las entidades públicas afectadas por un delito contra la administración pública, de constituirse en parte civil del proceso penal. En este sentido, es claro entonces que esta regulación ha impuesto un imperativo a la Administración Pública que es afectada por un delito relacionado con un hecho de corrupción, para que se haga parte civil del proceso penal para recuperar los activos públicos sustraídos del herario, advirtiendo, eso sí, que esta decisión no es una potestad discrecional y que su omisión, es causal de mala conducta.

Aclarado y expuesto lo anterior y dado el imperativo legal, se podría concluir que esta obligación impuesta desde hace más de 20 años, constituye un imperativo legal que, a juicio de este estudio, podría facilitar también el deber que tiene el Estado, a través de sus instituciones, de solicitar al juez penal, al momento de constituirse en parte civil, la indemnización del daño social por un hecho de corrupción. Por ello la importancia de que este concepto sea reconocido por los funcionarios públicos a fin de que sea ambientado en los distintos escenarios judiciales.

### **La ley de sometimiento de organizaciones criminales como una oportunidad de lucha contra la corrupción**

Con la expedición y reciente entrada en vigencia de la Ley 1908 de 2018, “por medio de la cual se fortalecen la investigación y judicialización de organizaciones criminales, se adoptan medidas para su sujeción a la justicia y se dictan otras disposiciones”, más conocida como “Ley de sometimiento de organizaciones criminales”, se busca dar fin a aquellos grupos que desestabilizan al Estado, especialmente la seguridad, la tranquilidad y la convivencia, tales como el denominado “Clan del Golfo”, a la fecha, la organización ilegal más grande del país.

Esta ley, en gran medida, es una respuesta al compromiso establecido en el Acuerdo Final con las FARC -enfrentar a las organizaciones criminales herederas del paramilitarismo y a quienes atenten contra la implementación de lo acordado-. Dicha normativa incorpora el concepto de “Grupos Armados Organizados -GAO” y “Grupos Delictivos Organizados -GDO”, términos acuñados desde 2016 por parte del Ministerio de Defensa Nacional.

El Acuerdo Final establece que “el Gobierno Nacional pondrá en marcha una estrategia de política criminal, en forma paralela a la implementación de una estrategia integral

---

<sup>102</sup> Ley 190 de 1995, Art. 36.- “En todo proceso por delito contra la administración pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada. De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate. El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente”.

de lucha contra la corrupción, que fortalezca y cualifique la presencia y efectividad institucional y concentre sus capacidades en la investigación, judicialización y sanción de los delitos asociados a cualquier organización o agrupación criminal relacionados con la producción y comercialización de drogas ilícitas (...). Pareciera que con esta ley el Gobierno pretende cumplir ambos objetivos.

El contenido de esta nueva ley hace referencia a la creación de nuevos tipos penales y agravantes punitivos en el marco del crimen organizado; se hacen ajustes a las normas del Código Penal con el propósito de mantener una política criminal que busque perseguir, deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate. El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente”.

Para efectos de este documento, lo relevante de esta ley es que, de acuerdo con la exposición de motivos, esta reconoce una serie de expresiones de violencia y delincuenciales de las organizaciones criminales, generadoras de múltiples afectaciones a los bienes jurídicos de la ciudadanía colombiana, y entre las más relevantes se destaca, entre otras, la corrupción: Se trata de un asunto sobre el que se ha puesto cada vez mayor atención, por cuanto se ha evidenciado cómo los nexos entre el crimen organizado, funcionarios públicos y organizaciones privadas, constituyen una de las rentas del portafolio criminal más rentables, junto a la minería ilegal y el narcotráfico. Señala el Gobierno que si bien no existen evidencias cuantitativas que demuestren la magnitud del problema de la corrupción en conexidad con el accionar del crimen organizado, sí existen múltiples evidencias fácticas de que han venido sucediendo.

Esto coincide con visiones más contemporáneas acerca de la corrupción, como la presentada por la Fundación Vortex (2018), desde donde se ha establecido que cada vez más se reconocen los vínculos entre la institucionalidad estatal y los funcionarios públicos con las organizaciones al margen de la ley, incluso al punto de llegar a acuerdos y relaciones de largo aliento, de beneficio mutuo:

“The history of relationships between the State and illicit groups is not always of confrontation but on the contrary, of collaboration for mutual benefit. Indeed, sometimes illicit and criminal groups infiltrate and co-opt specific State institutions to achieve their unlawful and illegitimate interests. Even more, some government officials, businesspersons, and politicians in many cases establish agreements and lasting relationships with illicit groups, taking advantage of their power to obtain selfish and illicit benefits that negatively affect public interests. These alliances can be observed even at the highest decision-making levels, affecting the structure and the operation of public and private institutions”.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Garay, L.J. et al (2018), “Macro-corruption and institutional co-optation - The Lava Jato criminal network”, Vortex Foundation, Bogotá. Versión pre-publicada, p. 19.

Se espera que con el sometimiento a la justicia de este tipo de organizaciones criminales, pueda abrirse el camino para identificar la verdad y los responsables, así como los daños generados en determinados actos de corrupción, en los que seguramente han estado involucrados agentes del Estado. Por ejemplo, se establece de manera explícita que, cuando el concierto para delinquir sea para cometer delitos contra la administración pública o que afecten el patrimonio del Estado, este tipo de conductas serán sancionadas con una pena más alta.

Se espera, en efecto, que esta ley no signifique que quienes sean identificados como pertenecientes, colaboradores o beneficiarios de estas redes y organizaciones de corrupción, sean también merecedores de beneficios penales. Mucho menos si se trata de servidores públicos.

En cuanto a la participación/intervención de las víctimas dentro de estos procesos, se indica que dentro del procedimiento se garantizarán los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y su intervención se regirá por las normas procesales ordinarias, haciendo especial énfasis en las garantías de no repetición.

En síntesis, luego de lo presentado en materia de estructura organizacional de la Fiscalía y su nueva metodología de investigación de análisis de contexto y priorización de casos, así como con la oportunidad que se tiene de promover el reconocimiento del daño social en el marco del incidente de reparación integral como figura reconocida en los procesos penales, y la expedición de una nueva ley que busca desarticular y llegar a la identificación de actores que hacen parte de grandes redes y organizaciones de corrupción, es posible afirmar que el proceso penal es un escenario posible para trabajar el concepto de daño social generado por hechos -en este caso tipos penales asociados- de corrupción.

## **10. La reparación a sujetos colectivos en el marco de la justicia transicional**

Colombia cuenta con un aprendizaje importante en materia de justicia transicional. Más allá de la legislación que ha sido expedida en las últimas dos décadas tendiente a promover la desmovilización de estructura armadas organizadas al margen de la ley, así como a garantizar los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral a las víctimas, debe resaltarse que las leyes 975 de 2005 y 1448 de 2011, respectivamente, han sido un hito en materia de reconocimiento de la existencia de sujetos colectivos.

Si bien no numerosa, existe una importante jurisprudencia en el marco de los procesos de Justicia y Paz (Ley 975), así como avances importantes en materia de reparación por la vía administrativa, a través de la implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448).

De acuerdo con la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011, “la entonces Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación -CNR-”, que desarrolló el Programa institucional de Reparación Colectiva creado por Ley 975 de 2005, inició la

construcción de herramientas para el cumplimiento de su mandato, generando los primeros planes piloto de reparación, lo que permitió identificar los grupos humanos con identidad colectiva que han sufrido vulneraciones como consecuencia del conflicto. Estas herramientas permitieron la identificación de los sujetos colectivos susceptibles de acceder a la política pública en materia de Justicia Transicional. Actualmente la Ley 1448, en sus artículos 151 y 152, determina la implementación de un Programa de Reparación Colectiva donde queda establecido quiénes son sujetos de esta reparación, así como los eventos por los cuales se debe generar la acción integral de reparación. Frente a los anteriores, más allá de las medidas materiales de reparación, “se busca reivindicar el papel de grupos que han sido históricamente estigmatizados y atacados, cambiando su relación e interlocución con el Estado”.<sup>104</sup>

De acuerdo con la institucionalidad y la normatividad creada por la Ley 1448, el primer paso para promover el programa de reparación colectiva es la identificación y determinación del sujeto de reparación. Entre los posibles sujetos colectivos se encuentran diversos grupos como, por ejemplo, movimientos sindicales, resguardos indígenas, comunidades afro o agrupaciones campesinas o de mujeres; y comunidades.

Atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 151 de la Ley 1448 y artículos 223 y 227 del Decreto 4800 del 2011, “Por oferta del Estado, la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación integral a las Víctimas identificará zonas y/o colectivos de mayor victimización colectiva a través de ejercicios de georeferenciación de hechos victimizantes, de identificación de comunidades, poblaciones o grupos sociales vulnerables y excluidos, de análisis de bases de datos, informes e investigaciones sobre graves y manifiestas violaciones a los Derechos Humanos, e infracciones al DIH ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, entre otras herramientas, para la convocatoria de los sujetos de reparación colectiva. Mediante un mecanismo de difusión nacional y público se dará a conocer la voluntad del Estado por reparar a las zonas y/o colectivos susceptibles de reparación colectiva. Este mecanismo permitirá el inicio de la reconstrucción de confianza entre comunidad y Estado”.

Bajo esta figura, conocida como “reparación a sujetos colectivos por modalidad de oferta del Estado”, es este quien determina, de acuerdo con los criterios previamente mencionados, qué sujetos colectivos serán reparados.

Los sujetos de reparación colectiva que acepten la “invitación” a participar en el Programa de Reparación Colectiva por parte de la Unidad de Víctimas -UARIV, surtirán el procedimiento de registro.<sup>105</sup>

De manera simultánea, en los espacios de coordinación institucional de la política pública de atención y reparación a víctimas, tales como los Comités Territoriales de Justicia Transicional (CTJT) y el Subcomité de Reparación Integral, se socializa el

---

<sup>104</sup> Comisión Legal de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011, Primer Informe al Congreso de la República, 2014.

<sup>105</sup> *Ibíd.*

respectivo programa de reparación colectiva, sus objetivos, componentes y ruta operativa, con el fin de que todos los actores del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas SNARIV conozcan del tema y asuman sus competencias establecidas en la Ley para tal efecto.<sup>106</sup>

La UARIV manifiesta que el proceso es participativo, por lo que se construye de la mano con el Sujeto de Reparación Colectiva (SRC). En ese sentido, se conforma un “comité de impulso” para los SRC no étnicos, y un “grupo de apoyo” para el proceso con los SRC étnicos.<sup>107</sup>

Sin embargo, también existe la figura de la reparación a sujetos colectivos “por demanda”; es decir, sujetos colectivos étnicos y no étnicos que consideran que cumplen con las características de un sujeto a ser reparado.

Lo relevante para efectos del presente documento es el aprendizaje alcanzado en materia de caracterización y diagnóstico de daños a los sujetos colectivos, así como la determinación de las medidas de reparación integral que se adopten, en el marco del denominado Plan Integral de Reparación Colectiva -PIRC.

Entre las medidas que se han reconocido, hay medidas relacionadas con redignificación, actos simbólicos, rehabilitación comunitaria y memoria histórica, así como también las hay relacionadas con la implementación de proyectos productivos, emprendimientos y otras actividades laborales. Se incluyen también acciones de construcción de monumentos con dinero de los victimarios, realización de documentales, recuperación de tradiciones culturales perdidas, reconstrucción de sedes y el restablecimiento de la influencia arrebatada por la vía del terror a las comunidades afectadas, en aras a contribuir a la materialización del derecho a la verdad y reconstrucción de la memoria histórica con sujetos y comunidades víctimas.<sup>108</sup>

Entre las medidas de reparación colectiva dictadas en fallos judiciales de Justicia y Paz (Ley 975), se encuentran, por ejemplo, la construcción de un parque representativo de la paz (Macaguán, en sentencia de Justicia y Paz del Bloque Vencedores de Arauca), paseos peatonales en la sentencia del Bloque Norte de la misma jurisdicción, monumentos concertados con los familiares de las víctimas en el caso de la sentencia del Consejo de Estado-Luis Fernando Lalinde Lalinde, o la construcción de un monumento a la vida para el caso de la Universidad de Córdoba.<sup>109</sup>

Sin embargo, la Comisión de Seguimiento y Monitoreo a la Ley 1448 de 2011 ha identificado algunas dificultades seria a la hora de implementar medidas como las referidas:

---

<sup>106</sup> *Ibíd.*

<sup>107</sup> *Ibíd.*

<sup>108</sup> *Ibíd.*

<sup>109</sup> *Ibíd.*

“(…) Se ha observado que en algunos casos los PIRC se aprueban formalmente sin que estén listas o allanadas las condiciones previas necesarias para permitir la correcta implementación de las medidas de reparación que disponen. Cabría esperar, en cambio, que para el momento en que las versiones definitivas de los documentos de estos Planes quedasen validadas, debería ser factible el inicio inmediato o temprano de la implementación de dichas medidas. De lo anterior puede desprenderse cierta improvisación aparente o precipitación a la hora de aprobar los PIRC, ya que, como se ha podido observar, en algunos casos, luego de quedar estos validados, persisten obstáculos y problemas que dificultan, retrasan o impiden la realización efectiva de las medidas (…) se insiste una vez más en la extensa dilación temporal que entraña este tipo de procesos de reparación colectiva, en razón de la pluralidad de individuos y miembros comunitarios implicados, las dificultades de articular la organización coordinada de su ejecución y la complejidad e interdisciplinariedad intrínseca al tipo de medidas en desarrollo de dichos PIRC.”<sup>110</sup>

El caso de las reparaciones a sujetos colectivos étnicos y no étnicos tiene la particularidad de que, si bien se identifica y reconoce la existencia un sujeto colectivo como tal, también es posible identificar individuos que forman parte de dicho colectivo. En ese sentido, es posible individualizar a quienes componen dicho sujeto; tan es así, que el esquema de caracterización y diagnóstico del daño supone un procedimiento participativo. Esa participación implica reconocer un universo de personas legitimadas para definir sus propios planes de reparación colectiva.

No ocurre lo mismo en el caso del daño social que se analiza en este estudio, al tratarse de un daño en contra de intereses difusos: los de la sociedad como un todo. Esto implica una dificultad importante a la hora de diagnosticar las afectaciones concretas y la consecuente tasación de los perjuicios.

## **11. La Constitución Política colombiana y la Corte Constitucional**

Los contenidos arriba presentados se relacionan con escenarios y referentes jurisprudenciales y normativos que permiten analizar con mayor precisión la posibilidad de que el daño social que generan los hechos de corrupción pueda ser incorporado como una nueva categoría de daño.

Sin embargo, son claros los retos y las dificultades para que esta figura pueda ser una realidad en el corto plazo. Más aún si se tiene en cuenta que el sistema judicial colombiano tiene enormes dificultades en materia de eficacia para la implementación de las normas.

Por ello, se considera pertinente reiterar la vigencia de los principios, normas y valores consagrados en la Constitución Política de 1991, muchos de los cuales se dirigen a

---

<sup>110</sup> *Ibíd.*

promover la consecución de los fines del Estado (Art. 2), tales como servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Cualquier transgresión a dichos fines debe ser ajustada por el mismo ordenamiento jurídico.

En ese orden de ideas, esta investigación debe dirigirse al análisis de los principios incorporados en la Constitución de 1991, los cuales se consagran como los fundamentos jurídicos para construir una ruta para que las autoridades competentes de investigar y sancionar los hechos de corrupción tengan un fundamento legal y puedan introducir la reparación del daño social, dentro de los procesos donde se investiga de manera directa o indirecta, un hecho de corrupción.

La jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional se ha convertido en fuente formal de derecho para el sistema jurídico colombiano; en tal virtud y, a fin de abordar rigurosamente este estudio, es sustancial analizar los pronunciamientos de esta autoridad judicial a fin de determinar si, en efecto, sus interpretaciones acerca de los principios de la Constitución Política de 1991, permiten estimar, dentro del análisis resarcitorio que llevan a cabo los jueces, la indemnización por daño social.

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional son decisiones de autoridad en materia de interpretación del texto constitucional colombiano. Dicho texto cuenta con normas como el artículo 90, que dispone el derecho a que los colombianos sean resarcidos por los daños antijurídicos que causen el Estado o sus agentes. Así mismo, el artículo 87 declara el deber del Estado de satisfacer y garantizar los derechos colectivos entre los que se incluyen el de la moralidad administrativa.

Sobre el particular, existe un pronunciamiento de esta Corporación en el que se identifica una aproximación a este concepto, en la sentencia C-397 de 1998, sobre el deber de los Estados de prevenir y perseguir la corrupción a través de sus aparatos judiciales. En tal virtud, la Corte indicó:

“La Convención Interamericana contra la Corrupción, pretende, fundamentalmente, que los países signatarios adquieran y cumplan el compromiso de introducir y fortalecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos, mecanismos para prevenir, contrarrestar y sancionar la corrupción, específicamente la que proviene de los agentes y funcionarios del Estado, con base en los cuales sea viable diseñar e implementar estrategias eficaces de cooperación y mutua colaboración entre los países partes, que, de una parte fortalezcan las instituciones políticas de los mismos, y de otra, eviten que se siga propagando dicho flagelo, que debilita la democracia y obstaculiza el desarrollo de los pueblos. Pero, además, los propósitos y objetivos que enuncia el instrumento objeto de revisión, se ajustan plenamente a los principios fundamentales del Estado social de derecho, modelo de organización jurídico-política por el cual optó el Constituyente colombiano de 1991.

El Estado social de derecho se construye a partir del reconocimiento del ser humano como sujeto autónomo, dotado de razón, cuya realización integral debe promover el Estado, garantizándole condiciones dignas para el desarrollo de sus potencialidades, condiciones que se anulan y diluyen en contextos en los que prevalezca el interés mezquino de quienes anteponen los suyos particulares a los de la sociedad, incluso desdeñándolos y sacrificándolos, mucho más si para ello hacen uso indebido del aparato administrativo que conduce el Estado, de los recursos que lo nutren, y del ejercicio de las funciones propias de la administración pública, conductas que por lo general se identifican en los tipos penales que describen prácticas corruptas. La convención que se examina, en su artículo III, compromete a los Estados-Partes en la adopción de mecanismos, normas y medidas de carácter preventivo, que irradian la gestión de los funcionarios públicos, haciendo posible que ellos se apropien y practiquen "...normas de conducta [que garanticen] el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas."

#### Principios constitucionales que permiten incluir el concepto de daño social

En materia de principios, es importante poner de presente que estos constituyen verdaderas fuentes de derecho que integran el ordenamiento jurídico y que su cumplimiento es un imperativo para los administrados a fin de que se cumpla de forma integral el preámbulo de la Constitución Política de Colombia y especialmente se garantice un Estado Social de Derecho real.

De hecho, el Consejo de Estado ha indicado que los principios deben ser considerados como parámetros que rigen las relaciones del estado. Así lo expuso esta alta Corporación en los siguientes términos:

"Los principios son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado, pues a la vez que inspiran las reglas de conducta, también se proyectan en el ordenamiento jurídico para irradiar e impregnar esos axiomas, patrones, modelos o arquetipos de comportamiento ético, cultural o social a las situaciones generales e individuales; y mientras en las reglas el juicio de valor ya se encuentra establecido al consagrar la proposición en que ella consiste, en los principios, sea que se contemplen o no en normas positivas, corresponde al intérprete realizar ese juicio a través de una operación intelectual acerca de la coincidencia de una situación concreta con el valor correspondiente, para determinar su observancia"<sup>111</sup>.

De acuerdo con lo anterior, es claro que los principios constitucionales son imperativos que imponen una orientación para el ejercicio de la ciudadanía y el ejercicio de las funciones públicas y la administración del Estado, tal y como lo señala el artículo 209

---

<sup>111</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2183 de 2013.

de la Constitución Política de Colombia<sup>112</sup>. Dicho lo anterior es de anotar que estos principios son traídos nuevamente a colación por el Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA, el cual en su artículo 3° trae un listado taxativo de los principios que rigen la función pública.

En ese orden de ideas y, de cara a este estudio, se percibe conducente analizar los principios de derecho que se convierten en el fundamento jurídico y asidero legal para materializar el daño social como un tipo de daño, de posible imposición en una decisión judicial.

### **Principio de moralidad.**

Como primer principio constitucional a analizar respecto a la pertinencia del daño social como criterio o tipo de indemnización está el principio de moralidad; si bien no encuentra una descripción precisa en la ley o en la Constitución, ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial y, en tal virtud, se ha entendido como el deber que tiene el funcionario público de actuar de acuerdo al decoro, el interés general y sobre todo en cumplimiento del ordenamiento legal y constitucional.

Así las cosas, vale la pena citar lo que la Corte Constitucional en sentencia C- 826 de 2013 ha referido acerca de la moralidad administrativa advirtiéndole que, a grandes rasgos, es deber de los funcionarios públicos actuar dentro de sus competencias legales absteniéndose de extralimitarlas u omitirlas.

“Acercas del principio de moralidad en el ámbito de los deberes jurídicos de la administración pública, recuerda la Corte que el artículo 6° de la Constitución Política señala que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo anterior, expresado con otras palabras, quiere significar que los servidores públicos están obligados a hacer solo lo que les está permitido por la ley, de manera que cuando hay omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones están sobrepasando lo que por orden constitucional les está permitido ejecutar. Los servidores y funcionarios públicos se comprometen a cumplir y defender la Constitución desempeñando lo que les ordena la ley, ejerciendo sus funciones de la forma prevista por la Carta, la Ley y el Reglamento, ya que ellos están al servicio del Estado y no de sus necesidades e intereses particulares, tal y como lo indican los artículos superiores 122-2 y 123-2, de manera que la aplicación de este principio es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores.

---

<sup>112</sup> Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

El principio de moralidad en la administración pública cobija todas las actuaciones de los funcionarios del Estado y de los particulares que cumplen funciones públicas. La jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve que en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar el respeto del principio de moralidad, en cuanto el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 291, 292 C.P.), establece directamente un régimen de inhabilidades incompatibilidades y prohibiciones para el caso de los Congresistas, ( arts. 179 a 186), así como para el caso del Presidente de la República (art. 197 C.P.) los Magistrados de la Corte Constitucional (art. 240 y 245 C.P.), del Consejo Nacional Electoral (art. 264 C.P.), de los Diputados ( art. 299 C.P.), y confiere al legislador competencia para establecer el de los demás servidores (arts. 123, 150-23, 253, 279, 293, 312 C.P.), establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 C.P.). Particular mención merece el establecimiento de la acción de repetición (art 90 inciso 2) así como las acciones populares (art. 88 C.P.) dentro de cuyo objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa.”

Como bien se extrae de la jurisprudencia en cita, es el principio de la moralidad el estandarte de la función de la administración ya que es a través de su cumplimiento que se garantiza el ejercicio correcto del Estado, sus competencias y la prestación de los servicios a su cargo. En ese orden de ideas, en desarrollo del mencionado principio, el Estado a través del legislativo y el ejecutivo, ha producido basta normatividad a fin de que este principio sea acatado y respetado, garantizando así el ejercicio de las potestades estatales, en procura de alcanzar el cumplimiento del interés general sobre el particular.

En tal virtud, y dado que las normas ya analizadas, a nuestro juicio, imponen el deber de protección de lo público y la indemnización de los daños que causa a la sociedad la corrupción, es prudente advertir que este principio compagina perfectamente con el interés propio del concepto del daño social; más aún si se recuerda que este funciona en procura del interés general sobre el particular.

### **Buena fe**

El principio de la buena fe encuentra su fundamento legal en el artículo 3° del Código administrativo y de lo contencioso administrativo CPACA<sup>113</sup>, donde se dispone que el comportamiento de los funcionarios públicos está apegado al principio de legalidad y entienden este enunciado como una presunción legal.

---

<sup>113</sup> 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

Así las cosas y si este principio se entiende como una presunción del deber en el ejercicio de las competencias asignadas a un funcionario público, lo cierto es que esta premisa para las autoridades públicas debe verse cumplida, entre otras, con acciones que busquen garantizar el cuidado de lo público en pro de garantizar la protección de los derechos humanos y la prestación de los servicios públicos.

Cuando la Administración es objeto de actuaciones ilícitas, calificadas estas como actos de corrupción, el principio de buena fe se ve configurado con el ejercicio de actuaciones tendientes a constreñir la desviación de la función pública, en aras de garantizar que los bienes públicos sean, de manera exclusiva, para el goce de la sociedad y no de unos pocos.

Este principio se ve materializado cuando el funcionario público no solo busca dentro del proceso de reparación integral recuperar el monto del erario sustraído del tesoro nacional, sino que además, en claro acatamiento de la primacía del interés general sobre el particular, busca que se indemnice al conglomerado por los daños que causó la acción criminal.

### **Principio de responsabilidad:**

Como bien rezan los lineamientos del artículo 3° del CPACA, el principio de la responsabilidad se ha entendido como el deber que tienen las autoridades y sus agentes de asumir las consecuencias de sus actuaciones. Así lo indica de forma expresa el numeral séptimo de la norma en mención.

“7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.”

De hecho, la norma expone de forma expresa que esta responsabilidad se constituye por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las competencias dadas por la ley y la Constitución; es decir, este principio predica la importancia de conocer con precisión el alcance y los límites en el ejercicio de la función asignada a un cargo o a una autoridad.

Del texto normativo en cita se puede advertir que, en materia de ejercicio de competencias, el principio de responsabilidad se concretiza cuando se inobserva la regulación que rige las funciones asignadas.

Así las cosas, encontramos en este principio otro sustento que fortalece de forma sustancial el concepto de daño social, bajo el entendido de que el deber de favorecer a la sociedad agobiada por hechos de corrupción es un deber que se encuentra implícito, no solo en las leyes que se han referido en este estudio, sino en el ejercicio del preámbulo de la Constitución y en desarrollo propio de modelo de Estado consagrado en la Constitución de 1991, a saber, el Estado Social de Derecho.

Frente a este particular es claro que en un Estado Social de Derecho, con garantías de derechos humanos y libertades individuales y colectivas, es deber de las autoridades buscar la asunción integral de los daños que causa un corrupto en la sociedad; máxime si de esta indemnización no solo dependen el cumplimiento del goce de los derechos y los servicios públicos, sino que además se pone en juego la reputación del Estado.

De hecho, y de acuerdo con lo que dispone la propia ley, la consecuencia jurídica de que no se materialice una indemnización integral por un hecho de corrupción, puede constituir

### **Debido proceso**

Otro de los principios identificados como un fundamento constitucional para que se constituya dentro de las decisiones judiciales el concepto del daño social como un tipo a indemnizar, es el principio del debido proceso.

De acuerdo con el artículo 3° del CPACA, este derecho se entiende como el deber de que las actuaciones de la administración se estructuren bajo el rigor y el amparo de la ley a la Constitución.

1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus* y *non bis in idem*.

Por su parte, la Constitución Política de Colombia en su artículo 29 establece que el debido proceso hace parte del listado taxativo de los derechos fundamentales, destacando que este se aplica a toda clase de procesos, sean estos administrativos o judiciales y que todos los juicios deberán observar de forma obligatoria las normas que lo regulan.

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.”

De acuerdo con lo anterior, el debido proceso no solo debe entenderse como un derecho fundamental, sino como un principio constitucional que se concentra en garantizar la legalidad de los procesos, sin importar la naturaleza de los mismos.

Así las cosas, y, en tratándose de daño social, no podría entenderse este principio de manera distinta a lo planteado en la Constitución y la ley; sin embargo, a juicio de este estudio, su entendimiento debe estar orientado al deber de las autoridades de trasegar los procesos judiciales por casos de corrupción, procurando procesos judiciales justos, no solo para el investigado, sino para la sociedad que ha sido afectada por el caso de corrupción.

En este sentido, la entidad afectada, a fin de cumplir con el principio del debido proceso, debe garantizar una defensa jurídica eficiente, no solo a favor del Estado, sino también de los administrados, a quienes se les debe asegurar no solo la recuperación de los activos del erario sustraídos, sino que además se les debe proveer al menos de acciones tendientes a que el juez de la causa al menos considere el daño social.

De hecho, a juicio de este estudio, el principio del debido proceso y el deber del Estado de buscar la reparación integral por casos de corrupción, incluyendo el daño social, no solo es una labor que hoy en día pueda predicarse como un deber de la Fiscalía General de la Nación -cuando se trata de materia penal-, sino que este deber también involucra a la entidad afectada y a la Agencia de Defensa Jurídica del Estado.

## **12. Conclusiones**

El presente capítulo ha explorado la producción normativa e institucional colombiana en materia de lucha anticorrupción, así como presentó de manera sucinta la manera como la jurisdicción contencioso administrativa ha interpretado el concepto del daño. Así mismo, se presentó el escenario de posibilidades que tiene la Fiscalía General de la Nación en materia de investigación y la figura del incidente de reparación integral como un posible escenario para que la sociedad, como colectivo víctima de daño social generado por hechos de corrupción, pueda ser reparada.

Dentro de las características más relevantes que definen la teoría del daño social, es su esencia colectiva. En efecto, los hechos de corrupción no vulneran los derechos de una persona en particular, sino que afectan a un grupo determinado de ciudadanos o a todos los nacionales que por razones del hecho irregular pueden ver afectado el acceso a la

prestación efectiva de los servicios a cargo del Estado. De hecho, y de acuerdo con hechos de corrupción sancionados por las autoridades del país (PAE, el cartel de la hemofilia y el cartel de los estudiantes fantasmas) es posible concluir -al menos de manera preliminar- que los casos de corrupción afectan sustancialmente derechos humanos como la salud, la educación y la nutrición.

El propósito de este documento no es el de determinar un camino inequívoco para introducir el concepto de daño social, como una medida no solo resarcitoria, sino disuasoria frente a futuros abusos y hechos de corrupción.

Sin duda, en un país donde se pone permanentemente en duda la eficacia del sistema normativo, donde expiden muchas más normas que las que se aplican, no es menor dejar el interrogante de qué tan pertinente sea introducir nuevas categorías de daños para ser reparados, si con las categorías de daños que existen hoy en día es aún complejo que se pueda llegar a probar una afectación y, peor aún, es difícil que se logre sancionar a los responsables.

En términos probatorios, como suele ocurrir con el caso de afectaciones extrapatrimoniales como por ejemplo “la pérdida de confianza y/o legitimidad en la institucionalidad”, la tasación de este tipo de perjuicios es una tarea sumamente compleja a la luz de la cultura jurídica actual en Colombia.

Sin embargo, pareciera verse más probable que el daño social sufra un camino menos tortuoso en el escenario judicial. El juez tiene, dentro de sus facultades, la posibilidad de buscar respuestas valorando los comportamientos colectivos de la sociedad, en el sentido de poder valorar qué merece ser tenido como un quebrantamiento a la moral objetiva, que es la moral de todos, tal como se concluyó en una de las entrevistas realizadas por el equipo de Transparencia por Colombia.<sup>114</sup><sup>114</sup>

¿De cuánto priva un acto de corrupción a la sociedad? Hay perjuicios que si bien son reparables, posiblemente no puedan ser medibles. Este tipo de claridades deben ser alcanzadas de manera progresiva, con el concurso de los actores involucrados en este ejercicio.

#### **IV. EL DAÑO SOCIAL DE ACTOS DE CORRUPCIÓN Y SU REPARACIÓN INTEGRAL**

Análisis, identificación y cálculo de daños causados por algunas modalidades de corrupción. Propuesta metodológica y estudio de caso

Por: Luis Jorge Garay Salamanca, Eduardo Salcedo-Albarán y Guillermo Macías Fernández

---

<sup>114</sup> Entrevista realizada a Enrique Gil Botero el día 14 de agosto de 2018.

Fundación VORTEX

### Índice específico

1. Introducción	87
2. Algunos efectos de la corrupción	89
3. Daño social y víctimas de la corrupción	91
3.1. El daño ocasionado por la corrupción como un derecho transindividual	
3.2. Tipos de daño	
4. Daño social en el derecho internacional	96
4.1. UNCAC	
4.2. Consejo de Europa	
5. Razonamiento jurídico y cálculo del daño en Costa Rica	99
5.1. Clasificación del daño civil en Costa Rica	
5.1.1. Según la materialidad del daño	
5.1.2. Según la pluralidad de los sujetos afectados	
5.1.3. Daños actuales y daños futuros	
5.2. Responsabilidad civil y antecedentes de aplicación del daño social en el sistema jurídico costarricense	
5.2.1. Sentencia 341-2004 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José	
5.2.2. Sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José	
6. Consideraciones acerca del daño social en Colombia	109
6.1. Daño patrimonial y extrapatrimonial (moral)	
6.2. Daño individual y daño colectivo	
7. Verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición en Colombia	114
7.1. La responsabilidad	
7.2. Cálculo de daños	
8. Reparación de daños causados por algunos tipos de corrupción	120
8.1. Componentes básicos de los daños emergentes y su reparación	
8.2. Lucro cesante y su reparación	
8.3. Enriquecimiento ilícito directo (valor de sobornos) y su contribución a la reparación	
8.4. Reparación a los grupos poblacionales afectados: responsabilidad de las entidades públicas contratantes o del Estado en última instancia	
8.5. El caso de Captura del Estado en el diseño y aplicación de política pública	
9. A manera de reflexión	126
9.1. Diferenciar entre acciones que son obligación del Estado y las acciones para reparar víctimas	
9.2. Énfasis inicial en la contratación pública y el soborno	
9.3. Sobre la necesidad de identificar, calcular y reparar daños causados por procesos de Captura y Cooptación del Estado	

## Documentos de trabajo – discusión preliminar

9.4.	Consideración de daños a entidades del Estado que potencialmente se convierten en daños sociales y requieren reparación extra-patrimonial	
9.5.	Cálculo y reparación del daño extra-patrimonial	
10.	Estudio de caso	134
10.1.	Introducción	
10.2.	Consideraciones preliminares acerca del cálculo propuesto	
10.3.	Contexto del caso	
10.4.	Cálculo de daños	
10.5.	Daño emergente y su reparación	
10.6.	Lucro cesante y su reparación	
10.7.	Enriquecimiento ilícito directo (valor de sobornos) y su contribución a la reparación	
10.8.	Daño total	
11.	Conclusiones	143
12.	Bibliografía utilizada para el documento de sobre conceptualización de daños causados por la corrupción y propuesta de metodología de evaluación	146
13.	Bibliografía utilizada para el estudio de caso	151

## 1. Introducción

Cada vez más se reconocen los efectos humanos, políticos, económicos y, en general, institucionales de la corrupción, a nivel doméstico y transnacional. A pesar de que los diseñadores de política pública han tendido a definir la corrupción principalmente como un problema (i) administrativo y económico, (ii) mediado por el soborno y (iii) resultado de la interacción casual y esporádica entre un agente privado y uno público, durante la última década se han reconocido estadios y procedimientos más complejos y sofisticados de corrupción mediante asociaciones políticas, tráfico de influencias y formas de interacción entre múltiples agentes sociales –legales, ilegales y grises/opacos–, que acontecen en el límite entre las conductas ilícitas, ilegales o simplemente ilegítimas para conformar escenarios de avanzada captura y cooptación institucional (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018; Garay-Salamanca L. J., 2018). Como resultado, se ha complejizado su significado hasta reconocerse que los procesos de captura y cooptación de instituciones del Estado deben considerarse debidamente al momento de analizar, prevenir y controlar la corrupción.

Durante las últimas dos décadas se han evidenciado tanto la diversidad de efectos causados por los procesos de corrupción –incluyendo los de avanzada captura y cooptación–, como las múltiples distorsiones y fallas institucionales que resultan de estos procesos en América Latina, región donde se han identificado extensas redes ilícitas en que las prácticas de corrupción catalizan y articulan actividades de agentes legales y criminales (Garay-Salamanca & Salcedo-Albarán, 2012). Como resultado de análisis científicos y judiciales para entender esas redes, actualmente en América Latina se identifican estructuras ilícitas de macro-corrupción y cooptación institucional que han afectado instituciones a escala doméstica y transnacional (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018), involucrando simultáneamente poderosos líderes políticos, partidos y movimientos políticos, empresarios, agentes criminales y altos funcionarios públicos, incluidos presidentes (Salcedo-Albarán, 2018). Así, a medida que esta situación coincide con la interpretación de la corrupción como un “deterioro sistémico de las instituciones del Estado” (Ndikumana, 2006, pág. 3) ha tendido a volverse sistémica en varios países, generándose un círculo vicioso entre corrupción, actividades ilícitas, y deterioro y debilidad institucional (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018).

En esta medida, algunos países latinoamericanos han avanzado en desarrollar mecanismos jurídicos e institucionales bajo el propósito de evidenciar, calcular y reparar daños sociales causados por prácticas de corrupción. Como se analiza en este documento, Costa Rica es un caso usualmente analizado, aunque países como Brasil y Perú también han progresado en este propósito, como resultado de investigaciones judiciales que evidencian la mencionada complejidad doméstica y transnacional de las

redes de macro-corrupción y cooptación institucional. En Brasil, por su parte, el conjunto de operaciones judiciales conocidas como “Lava Jato” ha servido para evidenciar la necesidad de calcular y reparar daños causados por la corrupción a gran escala (Ministério Público Federal, 2015). En Perú, también como resultado de los efectos domésticos de la misma red “Lava Jato”, se adoptó tanto la Ley 30737 buscando asegurar la reparación civil en casos de corrupción, como el Decreto “anti-Odebrecht”, aprobado el 13 de febrero de 2017, tras las declaraciones del empresario Marcelo Odebrecht sobre los millonarios sobornos pagados por la constructora brasilera a funcionarios peruanos.

Ahora bien, particularmente durante la última década en Colombia se han acumulado análisis acerca de casos en diferentes estadios de ilegalidad, que muestran cómo la corrupción, incluyendo procesos de captura y cooptación institucional, han facilitado la articulación de estructuras de macro-victimización (Garay-Salamanca L. , Salcedo-Albarán, De León, & Guerrero, 2008; Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, & Beltrán, 2010). Con el escándalo de la “parapolítica” (Gutiérrez, 2007), por ejemplo, se conoció la articulación corrupta entre agentes pertenecientes a estructuras narco-paramilitares, altos funcionarios públicos, líderes políticos y empresarios, en redes de cooptación que reconfiguraron instituciones del Estado (Garay-Salamanca L. , Salcedo-Albarán, De León, & Guerrero, 2008; Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, & Beltrán, 2011; Garay-Salamanca & Salcedo-Albarán, 2012). Dichas asociaciones fueron tan sólidas en términos políticos, económicos y sociales, que en virtud de la estructura de corrupción y cooptación establecida, en su momento los agentes involucrados trazaron el objetivo de refundar el Estado colombiano, generando así graves distorsiones institucionales que se tradujeron en delitos de lesa humanidad y procesos de macro-victimización, por ejemplo, por vía de desplazamiento masivo, reclutamiento y desaparición forzada (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, & Beltrán, 2010; López, 2010).

Considerando los complejos procesos de corrupción observados en América Latina, y en particular en Colombia, ha sido entonces necesario innovar la definición de conceptos, protocolos e instrumentos de investigación científica y judicial con miras a facilitar a las instituciones públicas contrarrestar la infiltración y manipulación resultante de la cooptación. En este sentido, en el presente documento se discuten algunas innovaciones conceptuales, metodológicas y legales orientadas a identificar específicamente el daño social causado por prácticas de corrupción, para poder resarcir dichos daños y evitar la reproducción de esas prácticas.

Este documento se divide en diez secciones. La primera es la presente introducción. En la segunda, se reconstruye el estado del arte acerca de los reconocidos efectos económicos, políticos e institucionales de la corrupción, a partir de análisis y evidencia

empírica reciente de varios países. En la tercera sección se centra la atención en el estado del arte acerca del daño social causado por las prácticas de corrupción, particularmente acerca de la necesidad de identificar a las víctimas de dichas prácticas. En la cuarta parte se expone el concepto de daño social en el derecho internacional, como introducción al concepto de daño en Colombia. En la quinta sección se reconstruyen los principales razonamientos jurídicos en las consideraciones de reparación del daño social causado por prácticas de corrupción en Costa Rica, así como los antecedentes jurídicos y sentencias más importantes, en tanto uno de los países reconocidos como referente en el desarrollo teórico y práctico del tema. En la sexta sección se discuten los desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios acerca de los conceptos de daño y reparación social integral en Colombia. En la séptima sección se discuten antecedentes de jurisprudencia y doctrinarios que sustentan el concepto de daño social en Colombia y se exponen algunas consideraciones relevantes a tener en cuenta al momento de calcular los daños resultantes de prácticas de corrupción; especialmente, se adopta el daño emergente y el lucro cesante, como componentes de una reparación integral a daños causados por prácticas de corrupción. En la octava sección se propone un modelo para calcular las reparaciones correspondientes a los daños causados por prácticas de corrupción. En la novena sección se exponen las conclusiones acerca de desafíos pendientes en términos de entender y calcular los daños causados por procesos de captura y cooptación institucional, y de especificar los sujetos como personas naturales y jurídicas, las instancias institucionales y las causales de una reparación integral de daños de la corrupción. Finalmente, en la última sección se presenta un estudio de caso, en el cual se utiliza la propuesta de metodología propuesta en las secciones precedentes.

## **2. Algunos efectos de la corrupción**

Aunque la corrupción puede ser benéfica para los agentes corruptores, hay evidencia empírica y consenso en que afecta a individuos, comunidades específicas o incluso a la sociedad en conjunto (Ndikumana, 2006; Department of International Development, 2015). En términos macro-económicos, por ejemplo, se ha encontrado que el aumento de una unidad en el Índice de Percepción de la Corrupción estaría asociado con una disminución de 0,07% del PIB en países de ingreso bajo, mientras que el efecto sería de 0,12% para un conjunto de países de medio y alto ingreso (Ugur & Dasgupta, 2011).

Adicionalmente, en países que se encuentran en proceso de consolidar su gobernanza, la corrupción tiende a generar mayores efectos negativos sobre el crecimiento económico (Department of International Development, 2015). Incluso si no observaran efectos negativos sobre el PIB, la corrupción contribuiría a adoptar modelos insostenibles de desarrollo (Aidt, 2009).

Por otra parte, también se han evidenciado efectos micro-económicos de la corrupción, por ejemplo, sobre el sector privado, en la medida en que se adoptarían esquemas ineficientes de producción (Department of International Development, 2015). Adicionalmente, se ha encontrado que el aumento de un punto en el Índice de Percepción de la Corrupción podría reducir los flujos de inversión extranjera directa entre un 9% y un 14%, afectando el desarrollo de mercado interno (Alemu, 2012).

Sin embargo, los principales y más graves efectos sociales de la corrupción tienden a recaer sobre los sectores más empobrecidos (Department of International Development, 2015), agravando los niveles de desigualdad y pobreza (Gupta & Holmquist, 2012). De hecho, aunque no se acepte una relación causal directa entre corrupción y pobreza, se ha encontrado que “la corrupción tiene consecuencias directas en factores económicos y de gobernanza que producen pobreza” (Chetwynd, Chetwynd, & Spector, 2003), entre los que se encuentran el reconocido efecto negativo de la corrupción sobre el crecimiento económico. De hecho, cuando los sectores más pobres de la sociedad se ven compelidos a pagar sobornos, deben destinar una mayor proporción de sus ingresos que en el caso de las clases media y alta, constituyéndose así en un impuesto regresivo (Bhargava & Bolongaita, 2004; Chêne, Clench, & Fagan, 2010). Adicionalmente, uno de los impactos más perversos de la corrupción resulta de la desviación y usurpación de recursos públicos destinados para la prestación de servicios sociales como educación y salud a favor de los grupos poblacionales más desaventajados. También se ha encontrado que países con alta corrupción registran mayor analfabetismo, menor desarrollo humano y mayores tasas de mortalidad; con el agravante de que “comparados con países con baja corrupción, los de alta corrupción tienen tasas de mortalidad que alcanzan el doble y un abandono de escuela primaria cinco veces más altas” (Ndikumana, 2006, pág. 20).

En los países afectados por altos niveles de corrupción, los gobiernos y los empresarios corruptos tienden a privilegiar la ejecución de obras de infraestructura y la realización de negocios militares en los que hay más oportunidades de soborno y de aumentar injustificadamente sobrecostos, debido a restricciones de transparencia por la existencia de información reservada por supuestas razones de seguridad nacional, reduciéndose así las posibilidades de inversión social directamente orientada a solucionar las carencias de los sectores sociales más empobrecidos (Ndikumana, 2006, pág. 20), como el acceso equitativo a educación y salud de calidad (Gupta, Davoodi, & Alonso-Terme, 1998). A su vez, a medida que la corrupción afecta negativamente el acceso a servicios públicos por parte de los sectores más pobres (Deininger & Mpuga, 2005), se daña la confianza y expectativa en las instituciones, agravando problemas de gobernanza y falta de confianza en la democracia e, incluso, en las instituciones políticas (Chetwynd, Chetwynd, & Spector, 2003). En general, hay consenso sobre una causalidad circular entre corrupción y falta de confianza en las instituciones. En

cualquier caso, se argumenta que la baja confianza pública en las instituciones aumentaría la incidencia de prácticas de corrupción (Anderson & Tverdova, 2003; Cho & Kirwin, 2007), tanto real como percibida (Lavallee, Razafindrakoto, & Roubaud, 2008).

Adicionalmente, se ha encontrado que los efectos sociales negativos que resultan de la incorrecta asignación de recursos y de los obstáculos para el acceso a servicios públicos, afectarían diferencial y más gravemente a las mujeres, pues muchas de ellas son jefes de hogar monoparentales en grupos de bajos ingresos, que las hace especialmente usuarias de esos servicios para sus familias (Chêne, Clench, & Fagan, 2010). De hecho, los sobornos pedidos a mujeres tienden a ser mayores que los exigidos a los hombres, o los pagos tienden a convertirse en favores sexuales desde temprana edad, especialmente cuando las mujeres cuentan con menos recursos que los hombres, como usualmente sucede en economías débiles (Chêne, Clench, & Fagan, 2010).

### **3. Daño social y víctimas de la corrupción**

Luego de reconocerse la afectación social resultante de distintas formas de corrupción, es necesario especificar un marco analítico y empírico para su concreción y cuantificación en la esfera económica, como requisito para efectuar el resarcimiento de dichas afectaciones. Para lograr este último objetivo, es igualmente necesario contar con mecanismos para recuperar los activos resultantes de esas prácticas por parte de agentes corruptores, los cuales se enmarcan en las definiciones y tipificaciones penales disponibles en cada ordenamiento jurídico. Sin embargo, dado que las definiciones penales acerca de la corrupción son aún restringidas en algunos ordenamientos, limitándose usualmente a unas pocas prácticas puntuales de cohecho y omitiendo formas sofisticadas y sistémicas de captura y cooptación institucional, es entonces útil llamar la atención acerca de la necesidad de introducir conceptos e instrumentos novedosos respecto de las definiciones penales disponibles, para así buscar instrumentos administrativos y civiles idóneos o, incluso, instrumentos y antecedentes en jurisdicciones especiales.

Como se reconoce en informes de avance de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, es importante definir e identificar a las víctimas de algunas prácticas de corrupción, sean estas individuales o colectivas (United Nations, 2011). Sin embargo, en opinión de Olaya, Attisso y Roth (2010), aunque las víctimas son una consideración común en normativas de reparación por acciones contra el medio ambiente o contra derechos humanos, no es el caso en el tratamiento de la corrupción ya que los marcos penales –incluso internacionales– han estado tradicionalmente concentrados en la autoría de los perpetradores, sin prestar debida atención a la reparación de los afectados y la confiscación de activos de los corruptos para financiar la reparación integral de las víctimas. De hecho, es tan marcada la omisión de las

víctimas, que algunas veces la corrupción tiende a considerarse como una conducta inmoral, pero sin víctimas; sin embargo, si este fuera el caso, “no habría razón para tratar la corrupción como un crimen” (Olaya, Attisso, & Roth, 2010, pág. 2). Dicha interpretación pareciera tener su origen en el hecho de que el tratamiento penal de la conducta no siempre ha requerido la identificación material del daño (Olaya, Attisso, & Roth, 2010, pág. 2), lo cual puede deberse, al menos en parte, a que identificar los daños materiales y morales de la corrupción requiere razonamientos y pruebas causales complejas. A diferencia de otros delitos, en los de corrupción las víctimas y los victimarios tienden a estar alejados en espacio y tiempo, por lo cual es necesario identificar relaciones causales complejas para especificar los daños sobre víctimas (Salcedo-Albaran, Zuleta, de Leon, & Rubio, 2008).

Al respecto, un enfoque predominante consiste en identificar a la sociedad de manera colectiva, en conjunto, como la afectada por las prácticas de corrupción en el ámbito financiero e incluso emocional (United Nations, 2011). En esta medida, se ha intentado traducir este reconocimiento de afectación a instrumentos para recuperar los activos generados por esas prácticas, como punto de inicio para la reparación, mas no como castigo a los corruptos. Esto, sin embargo, no implica que la corrupción sólo tenga daños colectivos a una comunidad específica o sociales a nivel general, pues también hay una variedad de personas naturales y jurídicas que usualmente son afectadas (Olaya, Attisso, & Roth, 2010).

En general, los marcos legales internacionales para identificar y reparar a las víctimas de corrupción no parecen ser tan desarrollados como los observados, por ejemplo, en el campo de afectaciones contra el medio ambiente o los derechos humanos (Olaya, Attisso, & Roth, 2010, pág. 7). Por ejemplo, la posibilidad de buscar reparación por crímenes que atenten contra la ley internacional con el Artículo 14 de la Convención Contra la Tortura, que goza de aplicación universal sin restricciones geográficas, demuestra el avanzado desarrollo de los marcos jurídicos para identificar y reparar víctimas de violaciones de derechos humanos.

### **3.1 El daño ocasionado por la corrupción como un derecho transindividual**

Para poder definir y cuantificar el daño ocasionado por un acto de corrupción, es necesario definir el concepto de interés social, el cual no es posible establecerse sin antes puntualizar los límites del interés público e interés privado. El primer límite es el sujeto titular del interés. Mientras que en el interés público el Estado es el titular, en el interés privado el titular es una persona natural o jurídica. Ahora bien, el interés público se subdivide en: interés público primario, referente a los intereses de la sociedad, e interés público secundario, referente a los intereses de la propia administración pública (Zavascki, Da anticipação de tutela, 2005, pág. 55). Así, el interés público se contrapone

frente al interés de los particulares, en tanto que el interés privado se contrapone entre intereses de particulares.

Por supuesto, el interés social no siempre equivale al interés público, dado que el interés público primario puede no coincidir con el interés público secundario, y viceversa. Por lo tanto, el interés social es una figura intermediaria entre los intereses públicos (sea primario o secundario) y los intereses privados. Es un interés que no se restringe a los del propio Estado, pero que va más allá de los intereses meramente individuales. En consecuencia, el interés social tiene una naturaleza transindividual.

En este contexto, en muchos casos la tutela de los intereses sociales supone necesariamente la tutela también de intereses de entes públicos (interés público secundario). Por ejemplo, cuando en defensa del interés social y solicitada la reparación de daños causados al patrimonio público o la restitución de valores indebidamente apropiados por un funcionario público ímprobo, lo que se está tutelando no son sólo intereses sociales, sino también los derechos subjetivos de las personas de derecho público perjudicadas, hacia los cuales se canaliza el producto de la condena.

Ahora bien, es importante tener presente en esos casos que el interés social va más allá de los meros derechos subjetivos de los entes públicos. Su dimensión social está precisamente en la preservación de las condiciones de vida en sociedad, de la organización estatal y de la democracia. En tales casos, la tutela de los derechos subjetivos de los entes públicos se dará no por la importancia que en esa dimensión relativa puedan tener, sino por lo que representan para la comunidad un todo.

Ahora bien, el interés social, representado por derechos transindividuales, puede clasificarse en tres categorías definidas a partir de su origen: difuso, colectivo e individuales homogéneos. De esa manera:

(i) Derechos difusos, que se refieren a personas indeterminables unidas por la misma situación fáctica. En este caso, el daño es individualmente indivisible. Los derechos son transindividuales y no es posible determinar la titularidad individual de los derechos. Para los derechos difusos, los derechos son transindividuales e indivisibles, resultando de una mera circunstancia factual. Como consecuencia, los derechos no son susceptibles de apropiación individual ni de transmisión, renuncia o transacción.

(ii) Derechos colectivos, que se refieren a personas determinables y que comparten una misma relación jurídica indivisible. Los derechos son transindividuales, pero hay determinación relativa de los titulares del derecho. Para los derechos colectivos, los derechos son transindividuales e indivisibles, resultando de una relación jurídica preexistente. Como consecuencia, no son susceptibles de apropiación individual ni de transmisión, renuncia o transacción.

(iii) Derechos individuales homogéneos, que se refieren a personas determinables, compartiendo derechos divisibles. Estas personas se unen por un origen común del daño, aunque los derechos permanecen individuales. Para los derechos individuales homogéneos, los derechos son individuales y divisibles. Como consecuencia, estos derechos hacen parte del patrimonio individual del titular y son susceptibles de transmisión, renuncia o transacción.

### 3.2 Tipos de daño

El daño se ha definido desde el derecho romano como: “damnum et damnatio ab ademptione et deminutione patrimonio dicta sunt”. Es decir, el perjuicio causado en detrimento del patrimonio de otra persona. Esta definición de daño ha sido adoptada en la mayoría de las legislaciones del mundo. En este sentido, tanto la doctrina como el derecho comparado han establecido que para que el daño adquiera relevancia jurídica, debe cumplir cuatro condiciones base:

el daño debe ser causado por una conducta humana;

el daño debe ser real (cierto y efectivo) y ocasionado por un tercero;

la conducta que origina el daño debe ser antijurídica, esto es, pone en peligro a un bien jurídico relevante;

la conducta que origina el daño debe ser culpable, esto es, que el autor razonablemente acepta el resultado del acto cometido;

finalmente, debe existir un nexo causal entre el acto y el daño, que debe ser directo e inmediato entre el hecho generador y el daño ocasionado.

Cumplidos estos requisitos, se puede estar ante dos posibles tipos de daño (clasificación tradicional): daño patrimonial o daño moral.

Por un lado, el daño patrimonial o material afecta a los bienes que integran el patrimonio de la víctima. Se entiende como tal el conjunto de relaciones jurídicas de una persona, apreciable en dinero (Filho, 2005, pág. 96). El daño patrimonial es susceptible de evaluación monetaria y puede ser reparado a través de la reconstitución específica de la situación anterior al daño o por medio de indemnización monetaria compensatoria (Varela, 2000, pág. 611). El daño patrimonial se subdivide en daño emergente, que es el daño material que alcanza el actual patrimonio de la víctima, y en lucro cesante, que le provoca una disminución al patrimonio de la víctima e impide su crecimiento en el futuro.

(i) El daño emergente es una efectiva e inmediata disminución en el patrimonio de la víctima en razón de la conducta antijurídica, es aquello que la víctima efectivamente

perdió. La medición del daño emergente es, por lo tanto, la diferencia del valor del bien jurídico entre antes y después de la conducta antijurídica (Filho, 2005, pág. 97).

(ii) El lucro cesante refleja el impacto futuro de la conducta antijurídica respecto al patrimonio de la víctima. En otras palabras, es la pérdida de una ganancia esperada o la disminución potencial del patrimonio de la víctima en una perspectiva intertemporal (Filho, 2005).

Por otro lado, el daño moral es aquel que afecta la personalidad y, de alguna manera, ofende la moral y la dignidad de la víctima. El perjuicio moral que alguien ha dicho haber sufrido debe ser probado por fuerza de los propios actos que ocasionaron el perjuicio. Por esta razón, no se hace necesaria la presentación de prueba que demuestre la ofensa moral a la persona: el propio hecho ya configura el daño y los resultados son presumidos. Por lo tanto, la indemnización por daños morales tiene naturaleza reparadora y no debe ser confundida con las sanciones pecuniarias (multas) de carácter administrativo o penal al causante del daño (Zavascki, 2005, pág. 45).

Ahora bien, el daño social es una figura que busca eliminar las consecuencias de cualquier conducta socialmente reprochable y generadora de daños transindividuales. Se trata, entonces, de la posibilidad de exigir reparación por los daños causados cuando se lesionen intereses públicos (A.G., 2013, pág. 265). Luego, el objeto de la reparación por daño social es buscar: (i) la restitución material del objeto del delito y (ii) la reparación de daños y perjuicios causados (A.G., 2013, pág. 265). Es, por lo tanto, la fusión de la aplicación del daño material y moral ocasionado por un acto ilícito frente a un derecho transindividual.

No obstante, avanzar decididamente hacia una penalización societal o incluso judicial comprensiva de daños sociales implicaría una nueva epistemología de la criminología, a la luz de una teoría del daño social que enfatice en la afectación causada por acciones u omisiones por parte del Estado o de particulares. En efecto, como se señala en Garay (2014):

“(…) un requisito fundamental para poder avanzar hacia una nueva epistemología crítica de la criminología imperante consiste en superar su supeditación al derecho penal procedimental y en adscribirse a un sentido de la justicia enfocado en las injusticias y sus causas determinantes y agentes responsables, y no solamente en las inequidades como es el objeto propio de la justicia distributiva. Así, entonces, se ha de progresar en conceptualizar crímenes o, más bien para evitar equívocos, faltas/omisiones por parte de Estados-corporaciones que aunque no sean considerados como delitos por la jurisprudencia penal, producen daños sociales dignos de consideración. La nueva criminología habrá de sustentarse en principios garantistas de responsabilidad individual y colectiva en torno a comportamientos considerados como

faltas que producen daño social y cuyos responsables han de ser tratados como culpables, sujetos de rechazo moral y social, así no sean vistos como ejecutores de actos/comportamientos (taxativamente) delictivos a la luz del derecho penal vigente”.

Los delitos u omisiones estatal-corporativas han sido definidos como aquellas “acciones ilegales o socialmente perjudiciales que resultan de una interacción mutuamente reforzada entre: (1) las políticas y/o prácticas en la búsqueda de las metas de una o más instituciones de gobernanza política y (2) las políticas y/o prácticas en la búsqueda de las metas de una o más instituciones de producción y distribución económicas” (Kramer & Michalowski, 1993, pág. 20).

En este contexto, los delitos, omisiones o fallas Estado-corporativas iniciadas por el Estado o facilitados por el Estado “independientemente de que se trate de faltas, omisiones o crímenes, es comprendido bajo fenómenos más amplios como los denominados de captura y reconfiguración cooptada institucional o del Estado” (Garay, 2014), como se trata en la sección 8.5.

Sin duda, este es un área de interés público que ha de ser abordada con desarrollos jurídicos y jurisprudenciales con amplio apoyo de diversos sectores sociales, para sancionar penal o socialmente, y asignar responsabilidades a los agentes que resultan injusta o indebidamente beneficiados, para así reparar la totalidad de los daños producidos.

#### **4. Daño social en el derecho internacional**

En el plano del derecho internacional no existen tratados o otros mecanismos de soft law que definan y codifiquen el daño social. No obstante, para fines de la presente investigación, son de especial relevancia dos convenios que tratan del tema de la reparación de daños ocasionados por actos de corrupción, a saber: la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNODC, 2003) y la Convención Civil contra la Corrupción del Consejo de Europa (ETS 174) (Convenio Civil sobre la Corrupción, 1999).

##### **4.1. UNCAC**

Los artículos 34 in fine y 35 UNCAC tratan, respectivamente, las consecuencias ocasionadas por actos de corrupción y la indemnización general por la corrupción. Por un lado, se les insta a los Estados Parte para que centren su atención en las consecuencias de la corrupción, adoptando medidas correctivas con miras a eliminar sus consecuencias dañinas (art. 34 in fine, UNCAC). Por otro lado, se busca garantizar que aquellos perjudicados como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar acción contra los responsables (art. 35, UNCAC).

Aunque se tenga una obligación internacional de reparar el daño, este deberá ser definido en el derecho interno de cada Estado Parte. Así, mientras que no hay mención explícita al daño social y su reparación, la UNCAC permite que, de conformidad con los principios del derecho interno, sus Estados Parte puedan adoptar un mecanismo de reparación del daño social ocasionado por la corrupción.

Desafortunadamente, la UNCAC no proporciona elementos más concretos que permitan identificar la legitimación por activa o por pasiva acerca del derecho de reparación del daño ocasionado por actos de corrupción, dejando tal tarea al legislador nacional.

#### **4.2. Consejo de Europa**

El artículo primero del Convenio Civil sobre la Corrupción (ETS 174) del Consejo de Europa (CoE) define como el objeto del convenio: “Cada Parte establecerá en su derecho interno procedimientos eficaces en favor de las personas que hayan sufrido daños resultantes de actos de corrupción, con el fin de permitirles defender sus derechos e intereses, incluida la posibilidad de obtener indemnización por dichos daños.”

Como se puede verificar, el convenio no define el significado de daño, ni tampoco quiénes serían las personas que hubieran sufrido daños resultantes de actos de corrupción, dejándolo al criterio del derecho interno de sus Estados miembro. No obstante, el informe explicativo de la ETS 174 indica que el término personas contenido en el Convenio se refiere tanto a personas naturales como a personal jurídicas u otros organismos existentes en ciertos sistemas legales (CoE, 1999, p. 4). Además, el ETS 174 indica estándares mínimos y el Convenio, en especial a través de su art. 4(1)(ii), no impide que una persona distinta de la que haya sufrido el daño inicie el procedimiento de reparación (CoE, 1999, p. 4).

Aunque no haya definido el significado de daño, el ETS 174 define los términos corrupción (art. 2 ETS 174), indemnización por daños (art. 3 ETS 174), responsabilidad (art. 4 ETS 174) y responsabilidad del Estado (art. 5 ETS 174).

De acuerdo con esas definiciones, corrupción es entendida como (art. 2 ETS 174): “(...) el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno, de la ventaja indebida o de la promesa de una ventaja indebida.”

Cabe anotar que la definición utilizada en la ETS 174 es mucho más estrecha que la definición contenida en otros instrumentos internacionales que definen los tipos penales de corrupción. En efecto, apenas el soborno activo y el soborno pasivo están incluidos en la definición del art. 2 ETS 174. Erróneamente, el informe explicativo indica que la opción tomada pretendía garantizar que fuera excluido el menor número de

opciones, aunque dicha definición no se adecuara al derecho penal o al derecho interno de los Estados miembro (art. 2 ETS 174).

La indemnización por daños debe ser garantizada en el derecho interno de cada Estado miembro a las personas que hayan sufrido daño resultante de un acto de corrupción (art. 3(1), 1ª figura ETS 174), y que tengan el derecho a iniciar acciones a fin de obtener la indemnización íntegra de dicho daño (art. 3(1), in fine ETS 174). En ese sentido, el informe explicativo de la ETS 174 indica que el daño no debe estar limitado a cualquier pago estandarizado y debe ser determinado de acuerdo con el caso específico, excluyendo el pago por daños de carácter punitivo (art. 3 ETS 174). De esa manera, se deduce que el ETS 174 permitiría, de acuerdo con el derecho interno del Estado miembro, la legitimidad activa por sustitución procesal –elemento necesario para iniciar una acción referente a un derecho transindividual–, una vez que los Estados miembro están obligados a garantizar el derecho de indemnización de las víctimas, sean estas determinadas o indeterminables.

Dicha indemnización podrá cubrir los daños patrimoniales (daño emergente), el lucro cesante y daños no patrimoniales (art. 3(2) ETS 174). El informe explicativo indica que el término daños no patrimoniales se refiere a las pérdidas que no pueden ser calculadas de inmediato, toda vez que no se refieren a pérdidas tangibles o a una pérdida económica material. Así, la reparación del daño podría incluir la reparación por daño material, moral o social, según lo establecido en el ordenamiento jurídico interno. En último análisis, según el informe explicativo, compete a los Estados miembro decidir la naturaleza del daño no patrimonial, así como la naturaleza del resarcimiento y el concepto de nexo causal.

Ahora bien, la responsabilidad debe existir (derecho de acción) cuando se cumplan las siguientes condiciones (art. 4(1) ETS 174):

el demandado haya cometido o autorizado el acto de corrupción, o no haya tomado las medidas adecuadas para impedir el acto de corrupción;

el demandante haya sufrido un daño; y

exista nexo de causalidad entre el acto de corrupción y el daño.

Además, la responsabilidad debe ser solidaria cuando existan varios demandados (art. 4(2) ETS 174).

De acuerdo con el informe explicativo, art. 4 ETS 174, la persona debe demostrar la ocurrencia del daño, si hubo dolo o negligencia, y el nexo causal entre comportamiento corrupto y daño. El informe explicativo indica que el daño debe ser una consecuencia ordinaria y no extraordinaria del acto de corrupción. No obstante, el informe explicativo

no deja claro cuáles son los límites entre una consecuencia ordinaria y extraordinaria, dejándole una vez más dicha tarea al legislador nacional.

Asimismo, el art. 5 ETS 174 establece las personas que hayan sufrido daño por hechos de corrupción podrán reclamar indemnización al Estado siempre que el acto de corrupción haya sido cometido por agentes públicos del Estado o por autoridades competentes cuando el acto de corrupción haya sido cometido por una entidad no estatal. Cabe destacar que el ETS 174 no indica las condiciones para la responsabilidad del Estado, dejándolo a criterio del legislador nacional. Se presupone que la legitimidad por pasiva contenida en el ETS 174 son las personas (naturales o jurídicas, funcionarias o no) que hayan ocasionado el daño producto del acto de corrupción.

### **5. Razonamiento jurídico y cálculo del daño en Costa Rica**

Con respecto al enfoque de reconocimiento de afectaciones a la sociedad en conjunto – es decir, reconocimiento de “daño social” – Costa Rica ha sido analizado como ejemplo de cálculo y argumentación para buscar reparaciones a daños sociales causados por prácticas de corrupción, particularmente en el caso “Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) - Alcatel” (Olaya, Attisso, & Roth, 2010). Así, en Costa Rica se cuenta con algunos elementos jurídicos llevados a la práctica en torno a infracciones que atenten contra el derecho constitucional que toda persona tiene “a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado”, el cual ha servido de punto de partida para buscar la reparación de daños causados por corrupción. Dicho desarrollo se sustenta en la Constitución Política de Costa Rica que señala que “Por ello, [toda persona] está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese desarrollo y para reclamar la reparación del daño causado. El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho”. En este sentido, “vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado” es un derecho o interés difuso cuya violación afecta a la sociedad costarricense en conjunto; es decir, a cada ciudadano constitucionalmente protegido por ese derecho.

Este razonamiento, a su vez, está sustentado en definiciones de otros derechos difusos por parte de la Sala Constitucional de Costa Rica en su sentencia 8239-01, a saber: el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país, y el buen manejo del gasto público. Así, conductas que atenten contra el medio ambiente, el patrimonio cultural, la integridad territorial del país y el buen manejo del gasto público no sólo afectan a una región o un grupo específico de ciudadanos costarricenses, sino a todos como conjunto. En esta medida, el “daño social” que resulta de las conductas que afectan a todos los ciudadanos son en Costa Rica una tercera categoría o “género” de daño, ampliándose de esta manera las dos categorías tradicionales de daño material y moral (United Nations, 2011). Esto, sin embargo, no implica que todos los intereses difusos sean protegidos por la ley, sino aquellos definidos por la jurisprudencia (Olaya, Attisso, & Roth, 2010, pág. 16).

Para concretar económicamente el daño social se ha usado su concepto antinómico de “bienestar social”, entendido como “el conjunto de sentimientos de satisfacción material e inmaterial que producen en las personas y colectividades una serie de condiciones que influyen en la calidad de vida y que no pueden reducirse únicamente al nivel de renta (ingresos económicos), sino que incluye otras dimensiones importantes de la existencia humana como la salud, educación, servicios, infraestructura, vivienda, seguridad, justicia, entorno, entre otros” (United Nations, 2011, pág. 6).

Entonces, en principio podría argumentarse que esta concepción sustentaría la necesidad de reparar los efectos materiales directos que resultan no sólo de prácticas de corrupción en términos de sobrecostos en la prestación de servicios públicos, desviación y usurpación de recursos públicos, sobornos pagados o detrimento patrimonial de empresas públicas del Estado, por ejemplo, sino también de decisiones de política pública o de fallas de Estado como la reproducción de crisis financieras facilitadas por decisiones gubernamentales perversas que favorezcan parcialmente a determinados agentes privados a costa del interés público. Otros ejemplos de posibles daños serían los costos que resultan de tomar medidas estabilizadoras de ajuste que en últimas afecten el gasto público social, por ejemplo, u obstáculos a la consolidación de procesos democráticos causados por políticas gubernamentales orientadas a favorecer intereses parciales, lo cual dañaría la confianza en las instituciones del Estado.

En este sentido, el daño social y el derecho a la reparación se sustenta jurídicamente en la Constitución de la República de Costa Rica, así como en ordenamientos legislativos y en jurisprudencia judicial, como se desarrollará en el apartado siguiente.

Ahora bien, con respecto a los razonamientos jurídicos, la Constitución Política de la República de Costa Rica establece en el numeral 41 la garantía general y el derecho de que “ocurrido a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales”, lo cual apareja el deber de reparar, de quien, con sus acciones, omisiones o mediante la creación de un riesgo, cause un daño a otro. Este mismo deber se encuentra normado en el artículo 1045 del Código Civil, según el cual “todo aquel que por dolo, falta, negligencia o imprudencia causa un daño a otro, está obligado a repararlo junto con sus perjuicios”. Estas dos normas del ordenamiento jurídico costarricense demuestran la importancia que tiene la figura del daño y la relevancia de una reparación efectiva, cuando éste se ocasiona. Adicionalmente, ambas normas son parte de los pilares legales para el surgimiento de la responsabilidad civil, base del estudio del Derecho de daños.

Pese a tener diferentes connotaciones y definiciones según la corriente desde la que se analice, el núcleo del concepto de daño se sustenta en la lesión a los intereses jurídicamente relevantes. Es decir, “cuando se afecte la esfera jurídica del sujeto, el goce

de los bienes sobre los cuales podrá ejercer una facultad, existirá daño. El bien es el objeto, la entidad capaz de satisfacer una necesidad del sujeto, mientras que el interés es la posibilidad que tiene ese sujeto de satisfacer la necesidad por medio del bien” (BUERES, pág. 290).

Así, la postura de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señala en su voto No. 112-1992 que: “daño, en sentido jurídico, constituye todo menoscabo, pérdida o detrimento de la esfera jurídica patrimonial o extra patrimonial de la persona (damnificada), el cual provoca la privación de un bien jurídico, respecto del cual, era objetivamente esperada su conservación de no haber acaecido el hecho dañoso”.

En este sentido, la esencia de la producción de un daño es que apareja el correlativo deber de reparar de aquél que lo causa y surge la responsabilidad de afrontar las consecuencias de su actuar, por la invasión perniciosa en la esfera jurídica ajena. Sin embargo, no todo menoscabo a los intereses es reparable o resarcible, sino que el daño debe cumplir con varios presupuestos para pasar de ser meramente fáctico a jurídico, del cual se derivan derechos y obligaciones.

Según la jurisprudencia costarricense, se estima que un daño se repara o resarce cuando concurren las siguientes características del daño: “a) Debe ser cierto; real y efectivo, y no meramente eventual o hipotético, no puede estar fundado en realizaciones supuestas o conjeturales. (...) b) Debe mediar lesión a un interés jurídicamente relevante y merecedor de amparo. (...) c) Debe ser causado por un tercero o subsistente. (...) d) Debe mediar una relación de causalidad entre el hecho lícito y el daño” (Voto No. 112-1992, 1992). Esto es:

El daño debe ser cierto: La certidumbre del daño se refiere a que éste debe existir materialmente en el presente o, por lo menos, aparecer potencialmente a futuro como consecuencia probable del hecho; es decir, el daño tiene que ser efectivo, no conjetural o hipotético. Cabe destacar que la salvedad de la certidumbre del daño no se relaciona con su cuantificación. En este sentido, el daño no pierde certeza a pesar de que su valoración resulte indeterminada. Además, debe resultar de la exteriorización de un acto constatado, no presumible ni supuesto.

El daño debe lesionar un interés jurídicamente relevante: Este presupuesto deriva a que inicialmente, según la Teoría de los Daños, se consideraba resarcibles sólo aquellas lesiones a los derechos subjetivos. No obstante, esta teoría ha ampliado los horizontes e indica que son reparables los menoscabos ocasionados a intereses legítimos; no solo los intereses particulares sino también los intereses colectivos y difusos. Varias personas entonces pueden ser las damnificadas con motivo de un actuar dañoso.

El daño debe ser personal del accionante y subsistente: Este presupuesto señala que el daño debe ser personal a quien se le causa y reclama su indemnización. Además, esto alude al momento en que el daño debe ser reclamado por el afectado; el daño debe permanecer en el sentido que no debe haber desaparecido cuando vaya a ser resarcido. En otras palabras, que el daño no haya sido reparado por el causante o por la misma víctima o por un tercero al momento de su reclamo.

Debe mediar una causalidad entre el hecho generador y el daño: Como último presupuesto necesario, debe darse la existencia de un nexo causal entre el hecho generador y el daño. Este elemento se refiere al binomio causa-efecto, el cual se genera entre el acto ilícito, que transgrede las normas y principios del ordenamiento, y el resultado dañoso de ese actuar, o bien entre la conducta lícita y el resultado pernicioso que esta puede tener. Entonces, el vínculo o nexo causal debe ser tal que si se suprime la acción y se piensa que ésta no ocurrió, tampoco hubiera sucedido el daño. Esto se reafirma con lo establecido en el artículo 704 del Código Civil, que señala que sólo procede la indemnización de daños (y perjuicios) como consecuencia inmediata y directa de la falta del cumplimiento de una obligación.

#### 5.1. Clasificación del daño civil en Costa Rica

De acuerdo con la doctrina y la legislación costarricense se puede clasificar al daño civil según la materialidad del daño, la pluralidad de los afectados y la temporalidad del daño.

##### 5.1.1. Según la materialidad del daño

Este tipo de clasificación distingue entre el daño patrimonial y el daño extra patrimonial. Esta categoría, puede analizarse también bajo el nombre de daño económico y daño no económico, según los intereses jurídicos que resulten afectados.

##### Daño patrimonial

En este orden de ideas, el daño patrimonial o económico se vincula a la idea de menoscabo al patrimonio, entendido como la universalidad de bienes de un sujeto. Estos daños se causan normalmente en los bienes de contenido económico del afectado y, por tanto, se aprecian pecuniariamente. En este sentido, la jurisprudencia costarricense ha indicado reiteradamente que este daño es el que constituye un menoscabo valorable económicamente, o bien un detrimento al patrimonio compuesto de valores económicos (Voto No. 61-2009-SVII, 2009) (Voto No. 14-1993, 1993) (Voto No. 365-1999, 1999). Ahora bien, existen dos categorías que valoran el daño patrimonial: el menoscabo patrimonial sufrido por el sujeto a raíz del hecho, conocido como el daño emergente (*dammum emergens*); y las ganancias frustradas que deje de percibir el afectado como consecuencia del acto, denominado en la doctrina como lucro

cesante (*lucrum cesans*). En otras palabras, el daño patrimonial comprende tanto “la pérdida sufrida” como “la ganancia que deja de producirse”. El primero se entiende como un empobrecimiento actual consecuencia del hecho generador, y el segundo como daño sobreviviente, o bien la frustración de una utilidad económica o beneficio patrimonial que pudo haberse percibido de no haber acontecido el hecho dañoso.

Específicamente, el daño emergente se “traduce en un empobrecimiento del contenido económico actual del sujeto y que puede generarse tanto por la destrucción deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha tenido que realizar” (Zannoni, 2008, pág. 94). En este sentido, resulta relevante la posición de la doctrina alemana al considerar que el menoscabo puede afectar a todos los bienes apreciables de forma económica, a los cuales tiene derecho una persona. Por lo tanto, “abarca tanto el menoscabo a objetos patrimoniales en sentido estricto, como la lesión a derechos “ideales” (como los intereses difusos y colectivos), que carecen en primera instancia de un valor patrimonial en sentido estricto, pero de cuya lesión puede derivarse un daño valorable o medible en dinero” (Sanchez, 1999, pág. 86).

Con la misma línea de pensamiento, este autor expresa que daño patrimonial puede distinguirse en tres tipos: (i) a la persona, (ii) a la cosa, o (iii) a un daño patrimonial puro. Así, entonces: “el daño a la persona se origina en virtud de la muerte o la lesión corporal a la persona (es claro que la lesión a estos derechos de la personalidad es en teoría un daño inmaterial, pero puede dar lugar también a un daño patrimonial en la medida que sea necesaria la utilización de dinero para eliminar o paliar el daño). El daño a la cosa comprende todas las hipótesis de destrucción, deterioro o pérdida de una cosa. Los daños patrimoniales puros también llamados patrimoniales primarios son todos los restantes daños, calculables en dinero, que no se han originado ni en una persona ni en una cosa concretas” (Sanchez, 1999, pág. 86).

#### Daño extra patrimonial

Este tipo de daños no causa una lesión o menoscabo al patrimonio del afectado; comprende, entonces, todos aquellos detrimentos que experimenta el perjudicado que no conducen a una disminución de su patrimonio (económico), que no le han demandado gastos específicos y que no han disminuido la capacidad económica del sujeto afectado. Es decir, “valores no patrimoniales, que se hacen efectivos mediante relaciones jurídicas (poderes y derechos, deberes y obligaciones) privadas que protegen los valores esenciales de la persona (o grupo de estas), en sus diversos planos de proyección (físico, psíquico, intelectual, espiritual y de relación)” (Vargas, 1994).

### 5.1.2. Según la pluralidad de los sujetos afectados

Los daños también pueden clasificarse según la persona o personas o colectivos a quienes afecte. En ese sentido, puede tratarse de daños individuales cuando afectan a una sola persona, la cual es claramente determinada y con un interés lesionado identificado; o bien de daños colectivos, cuando las consecuencias del actuar dañoso recaen en una pluralidad de personas, afectando sus intereses colectivos y difusos.

#### Daños individuales

En este tipo de daños la legitimación para su reclamo, es decir, la legitimación pasiva, se restringe mayormente a aquél a quien se le causa el menoscabo y su reparación deberá ser necesariamente personal y autónoma.

#### Daños colectivos

Es posible identificar al daño como el menoscabo a un derecho subjetivo contenido en una esfera jurídica individual de un sujeto específico y determinado; sin embargo, también es posible establecer que una conducta, lícita o ilícita, puede dañar una esfera más amplia, la supra individual, que afecta de esta forma intereses sociales, comprendidos los intereses difusos y colectivos de los sujetos individuales en tanto son parte de una colectividad.

En este orden de ideas, el daño colectivo ha sido adoptado también por la legislación costarricense en el artículo 50 Constitucional y por la jurisprudencia, al reconocer que existen daños colectivos o sociales que se consideran como un “menoscabo a un interés general tutelado” porque afecta a la sociedad en forma general y no a las personas individualmente. Al respecto ha sido establecido por la jurisprudencia que este tipo de daño se caracteriza por ser: “un daño supraindividual que no consiste en la suma de daños especiales. Ni en un perjuicio de bienes propios y particulares de los individuos, sino en una lesión actual y concreta, solo desde el punto de vista de la sociedad entera que los sufre. El daño al colectivo afecta simultáneamente y coincidentemente al grupo. Se trata de un mismo y único daño, que hoy en día se acepta sin dificultad, como una noción con entidad propia, que atañe por igual a todos los miembros de la comunidad, o a determinados grupos de manera indistinta y no exclusiva. Los destinatarios no son ya las personas en forma aislada, sino categorías o clases de sujetos, vinculados por alguna calidad o característica que da conexión al conjunto. Dentro de esta temática, de surgir la obligación de resarcir este tipo de menoscabo, no se configura una suma de posiciones identificables; por el contrario, es una lesión general, que resulta aprehensible y experimentable, en donde el elemento afectado es comunitario o grupal,

que llega a los sujetos individuales indivisiblemente, por la inserción en el conjunto” (Voto No. 675-2007, 2007).

### 5.1.3. Daños actuales y daños futuros

Esta clasificación se refiere a la diferencia entre los daños actuales y futuros de orden cronológico o temporal que sigue al hecho dañoso o *eventus damni*, en el sentido que todo daño es posterior al hecho dañoso. En suma, el daño actual existe certeramente cuando la víctima busca su resarcimiento por medio de una sentencia. Los daños futuros son los que resultan de una prolongación o agravación del daño actual, son subsistentes y no se agotan con el dictado de la sentencia, o, a su vez, pueden ser también un nuevo daño como consecuencia del actuar dañoso.

### 5.2. Responsabilidad civil y antecedentes de aplicación del daño social en el sistema jurídico costarricense

El concepto de responsabilidad civil se tiende a asociar con el precepto de “no causar daño a los demás”, que es una regla de vital importancia en la convivencia humana en sociedad. En este contexto, la responsabilidad civil es la atribución a un sujeto de la obligación de reparar los daños causados como consecuencia de su conducta, cuando ha dañado intereses y derechos ajenos.

En cuanto a la responsabilidad civil es pertinente mencionar sus tipos y sub-tipos. Uno de ellos es el contractual, el cual se caracteriza por la existencia de un vínculo legal obligatorio o contractual que media entre el sujeto y el contexto en el cual se causó daño a la víctima. En este supuesto, el deber de indemnizar deriva de otro deber, el deber de cumplir.

Otra especie de responsabilidad civil es la extra contractual, donde no media relación o vínculo alguno entre las partes y el deber indemnizatorio nace por la transgresión al deber general de no dañar a otro. Es decir, “la obligación de indemnizar surge por la sola producción del evento dañoso, porque una persona ha infligido las normas generales del respeto a los demás” (Mendoza, 2011, pág. 136).

En este sentido, la jurisprudencia costarricense ha señalado que la responsabilidad civil extra contractual “proviene no del incumplimiento de una obligación contractual, sino del quebrantamiento del deber genérico de no cursar daño a nadie. Por ende, surge al margen del ámbito convencional. La obligación de reparar se da ahí, no por el incumplimiento de un pacto, que no existe, sino por el daño infringido a otro, cuando ha sido causado por dolo, culpa, negligencia o imprudencia” (Voto No. 103-1991, 1991). Además, señala que “la responsabilidad extra contractual recae sobre quien, fuera de toda relación contractual previa, ha causado un daño en la esfera jurídica de otros sujetos, por culpa o a través de la puesta en marcha de una actividad riesgosa o creación

de un riesgo social. Esta responsabilidad no nace del incumplimiento de un vínculo determinado, sino de la violación del deber general de no dañar a los otros” (Voto No. 320-1990, 1990).

Existen dos precedentes en la justicia costarricense en los que se ha aplicado la figura y ambos se relacionan con casos de administración de fondos públicos y corrupción. Los casos de esta índole, ha reconocido la Sala Constitucional (Voto No. 8239-2001, 2001), tocan el ámbito de los intereses difusos y colectivos, razón por la cual ha intervenido la Procuraduría en busca de la reparación del daño social por la afectación que han causado los ilícitos al bienestar social.

### **5.2.1. Sentencia 341-2004 del Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José**

Aunque en la Sentencia no utiliza propiamente la denominación del daño social, se refiere a muchos de los elementos que éste involucra. En ella se reconocen los daños que causan a la sociedad los actos de corrupción perpetrados por funcionarios públicos. Al respecto indica: “hechos con los que han sido demostrados en este proceso indudablemente constituyen delitos de corrupción en la función pública, lo que representa un gran problema en nuestra sociedad en tanto se concreta un deterioro de los valores éticos que a su vez tiene consecuencias directas en la eficacia del Estado que debe hacerle frente a esta carga sobre el sistema económico. Cuando un país se ve sometido a actos corruptos de sus funcionarios que tienen repercusión en el exterior, indudablemente eso genera un desprestigio que trae como consecuencia una disminución en la inversión, se disminuye la calidad de los servicios y se fomenta la dádiva como política a seguir para alcanzar la eficiencia. De acuerdo a estudios que se han hecho sobre el impacto en las naciones de la corrupción, se ha establecido que aquellos lugares donde la corrupción es alta, la inversión desciende hasta un cinco por ciento como mínimo, de manera tal que la tasa de crecimiento económico se reduce en medio punto porcentual, produce el despilfarro, debilitándose la economía y la confianza del público en las instituciones, socavándose las instituciones y redistribuyéndose la riqueza y el poder en forma injusta, poniendo en marcha procesos de aprendizaje que van creando una cultura corrupta, de manera que se viene a distorsionar la realidad y se ven como legítimas conductas que no lo son” (Sentencia No. 341-2004, 2004).

A la luz de esta resolución, y en coincidencia con lo señalado, se denota que los actos de corrupción en la función pública tienen como consecuencia un deterioro social, afectando los intereses de los ciudadanos que conforman un país, al disminuirse su bienestar social y su derecho a un “ambiente sano y ecológicamente equilibrado” postulado en el artículo 50 de la Constitución.

### 5.2.2. Sentencia 370-2009 del Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José

Esta es la primera resolución judicial en la que se utiliza el término daño social en el sistema jurídico costarricense. El objeto de esta sentencia es el caso denominado “Caja Costarricense del Seguro Social – Fischel (CCSS-Fischel)” por la causa penal seguida contra varios imputados, entre ellos el ex presidente de la República, Rafael Ángel Calderón Fourier, por los delitos de peculado en perjuicio de la Caja Costarricense del Seguro Social y, en la cual, la Procuraduría General intervino como actor civil.

En el caso en cuestión, la Procuraduría solicitaba el resarcimiento del daño social como producto del hecho punible, pues había tenido implicaciones para el sistema democrático del país y la economía nacional. En cuanto al daño al sistema democrático, el Tribunal consideró que la Procuraduría (quien tenía la carga de la prueba) no logró acreditar el daño con medios fehacientes de prueba. En contraste, en cuanto al daño a la economía nacional, el criterio del Tribunal fue distinto, indicando que: “la Procuraduría General de la República, si está legitimada para reivindicar el pago de los daños y perjuicios, derivados de la comisión de delitos que afecten intereses difusos o de la colectividad en su conjunto, entre estos ilícitos están aquellos que perjudican al gasto público y/o lesionan el buen manejo que se haga de los fondos públicos, los alcances de estas afirmaciones han sido definidos y desarrollados, por la Sala Constitucional (...), el gasto público y el buen manejo que se haga de los fondos públicos, constituye un interés de todos los habitantes de la República, por consiguiente, sí se ha establecido el derecho de la parte actora civil, Procuraduría General de la República, de solicitar y recibir, en representación de la colectividad en su conjunto, la indemnización debida por el daño social causado” (Sentencia No. 370-2009, 2009).

Después de 2004, con el inicio del proceso “CCSS-Fischel”, el término daño social ha sido recurrentemente mencionado en los medios de comunicación y en los tribunales costarricenses, debido a que la Procuraduría General ha pretendido su reclamo en casos de corrupción. Al respecto, se pueden mencionar algunos en los cuales se han realizado condenas o reparaciones por este concepto.

Uno de ellos es (i) el caso de José Antonio Lobo, con una conciliación el 20 de agosto de 2008, en el que el responsable aceptó pagar 1.4 millones de dólares, de los cuales 1.2 millones de dólares entraron a la caja única del Estado y 280 mil dólares se adjudicaron al I.C.E. También se cuenta (ii) con el caso de Hernán Bravo, en el que se realizó un juicio abreviado y se le condenó en junio de 2007 a tres años de prisión y a pagar un millón de dólares que se desglosó en 750 mil dólares para el Estado y 218 mil dólares para I.C.E. A su vez, (iii) en el caso de Leonel Barrios, en el que también se llevó a cabo un

juicio abreviado en octubre de 2008 y se le condenó a 3 años de prisión, se depositaron 100 mil dólares y un automóvil valorado en 16 millones de colones. Además, (iv) en el caso de Carlos Monge Herrera se realizó también un juicio abreviado en marzo de 2009, condenándolo a tres años de prisión y a depositar 500 mil dólares por daño social, que se destinaron a un programa de Becas del Instituto Nacional de Aprendizaje. Y, (v) en el caso Berthier Ebi S.A., en el que, por medio de una conciliación en mayo de 2009, la empresa responsable aceptó pagar 9.7 millones de colones por el daño social al haber pagado dádivas a un funcionario público.

A pesar de que actualmente hay consenso en cuanto a la postura de indemnización del daño social a la colectividad, no existe uniformidad en cómo calcularlo, por lo que se ha dejado a discrecionalidad del juez sobre su apreciación de los daños sufridos (en este caso por la colectividad). Esto ha generado indemnizaciones pecuniarias muy distintas en situaciones muy similares entre sí. De hecho, este problema ha estado presente desde el primer caso (CCSS-Fishel) en el que se aplicó la figura de daño social, y el cual ha sido resuelto aplicando las normas vigentes de responsabilidad del Código Penal de 1941, específicamente el artículo 125 del Código anterior, el cual dispone la reparación integral del daño y que comprende principalmente el término de satisfacción del ofendido. Sobre lo cual, la misma jurisprudencia ha señalado que: “La suma que se entregue puede ser superior o inferior al daño causado, es decir que no es preciso que corresponda con exactitud al monto real. Basta que el ofendido la acepte para que se entienda que la considera una reparación integral (...) pues su consentimiento se reitera, solo está referido a la aceptación del pago que se le hizo, reparando integralmente el daño que se causó” (Voto No. 910-2007, 2007).

Ahora bien, es pertinente mencionar cómo se ha tratado el tema de las reparaciones desde el caso CCSS-Fischel, específicamente en las situaciones en las cuales se han dado procesos abreviados o conciliaciones u otros medios de resolución alternativa sobre el daño social. Aunque ha sido reconocido por los tribunales o se ha conciliado un determinado monto por el daño social, este monto no se ha destinado a la reparación del daño o a alguna acción beneficiosa para la colectividad afectada, con la cual se pueda aminorar la carga de la lesión. En dichos procesos se ha otorgado un monto por concepto de daño social (usualmente la cantidad identificada de los sobornos o la cantidad extraída de las arcas públicas), el cual debe ser depositado en la Caja Única del Estado. En este sentido, aunque la simple concesión de un extremo como éste represente por sí mismo un avance, pareciera que el objetivo principal no se está cumpliendo, pues el afectado no es el Estado, sino la colectividad de ciudadanos o al menos un grupo de ellos. Es posible que el Estado pueda actuar como administrador de esos fondos, a fin de garantizar su correcta utilización, asegurándose así la reparación del daño ocasionado o bien la realización de acciones públicas que contribuyan al mejoramiento del bienestar social. Sin embargo, de ninguna manera resulta admisible

que estos montos se conserven en las arcas del Estado, decidiendo su destino, especialmente si es para un fin distinto que no sea alguno de los que se han mencionado y que deberían tratarse de medidas específicas de reparación. De hecho, en estricto sentido, la prestación normal de servicios sociales por parte del Estado prevista constitucionalmente no puede interpretarse como reparación social por cuanto esta prestación es, en sí misma, obligación y función regular del Estado.

Solamente el Estado puede ser el receptor último de las penalidades pecuniarias pagadas por los agentes que causaron el daño si se demuestra jurídicamente que el agente dañado ha sido el Estado –y no necesariamente la sociedad en conjunto o un colectivo de ciudadanos–.

## **6. Consideraciones acerca del daño social en Colombia**

Como resultado de situaciones de victimización masiva registradas en Colombia durante las últimas tres décadas –por procesos de desplazamiento forzado, por ejemplo–, ha sido necesario formalizar conceptual y jurídicamente las nociones de daño y reparación integral mediante desarrollos jurisprudenciales. Aunque no asociados a prácticas de corrupción, estos marcos se han traducido en instrumentos institucionales para reparar a víctimas. Por lo tanto, en los siguientes párrafos se revisan y exploran algunos de estos antecedentes conceptuales y jurisprudenciales.

Como se ha discutido, el daño es un concepto complejo y ambiguo, con múltiples acepciones en términos de afectación en cuanto a tipos de acciones lesivas y sujetos afectados, así como en términos de responsabilidad en cuanto a sujetos afectadores, y a su grado de culpabilidad y responsabilidad. En esta medida, un daño se caracteriza: (i) por las causas, bien sea por acción u omisión humana o institucional, pública o privada, (ii) por los impactos según la variedad, la intensidad y la perdurabilidad de las afectaciones, y (iii) por los agentes intervinientes, tanto afectador[es] como afectado[s], naturales o jurídicos. Así, por ejemplo, la Sentencia SU-254 de 2013 la Corte Constitucional colombiana señala que:

Existen elementos comunes en las teorías clásicas sobre el daño, que se aplican tanto en el derecho civil como en el administrativo, en donde se define el daño como (i) una afectación, destrucción, deterioro, restricción, disminución o acción lesiva (ii) respecto de los derechos subjetivos, intereses jurídicos o bienes patrimoniales o morales de las víctimas, (iii) como consecuencia de una acción antijurídica que no estaban obligadas a soportar, (iv) que puede ser ocasionada por acción u omisión, (v) por distintos actores –como el Estado, particulares u organizaciones de cualquier tipo, (vi) y en diferentes grados, intensidades y niveles de afectación.

En este sentido, jurídicamente se considera la ocurrencia de un daño cuando hay menoscabo, pérdida o detrimento patrimonial o extrapatrimonial del agente

afectado/damnificado, sea persona individual o colectivo, causando la privación de un bien jurídico, que en caso contrario (esto es, en condiciones normales) se mantendría inafectado, inalterado y, por lo tanto, conservado. A su vez, estos daños pueden ser (i) patrimoniales o extrapatrimoniales, y (ii) individuales o colectivos.

### **6.1. Daño patrimonial y extrapatrimonial (moral)**

El daño patrimonial afecta bienes susceptibles de valoración económica, sean corporales o incorporales, mientras que el daño extrapatrimonial –o daño moral– no conduce a una afectación del patrimonio directamente, por afectar derechos fundamentales individuales o colectivos, así como producir dolor y sufrimiento derivados de tales afectaciones (Peña, Daño, responsabilidad y reparación ambiental, 2005). La existencia de daño genera una responsabilidad de índole no sólo jurídica formal sino también ética –y en general moral– por parte del agente afectador dañino con respecto al agente afectado dañado, consecuente con la reparación efectiva y oportuna de las afectaciones producidas. En esta medida, la consideración de afectación supera las conductas estrictamente punibles que, aunque sujetas a prescripciones de reparación, no se restringen exclusivamente a lo penal.

Por su parte, la responsabilidad puede aproximarse de manera genérica en términos jurídicos, como “un enunciado mediante el que se expresa un juicio de valor negativo (un reproche jurídico) sobre una conducta de un sujeto que ha infringido una norma de un ordenamiento dado” (Sanz, 1998, pág. 54). Bajo dicha concepción, “esta reprobación se pone de manifiesto mediante la consecuencia jurídica que se enlaza a la imputación de la responsabilidad. Consecuencia que siempre conlleva la obligación de reparar el daño” (Sanz, 1998, pág. 54). Sin embargo, es claro que las diversas aproximaciones normativas sobre el daño y su reparación reflejan el debate respecto de la teoría de la responsabilidad por los daños.

En efecto, el principio del daño que fuera identificado por John Stuart Mill (1859) como el único válido para justificar la limitación de las libertades individuales, fue luego analizado ampliamente por Feinberg (1987), argumentando que el concepto de daño establece límites morales a la libertad individual mediante obligaciones y derechos contenidas en la normativa penal, entre otras.

En ese propósito, el principio se refiere tanto a la noción no normativa del daño en el sentido de afectación de intereses, como a la normativa del daño en términos de su naturaleza inaceptable o reprochable para la sociedad y, en esa medida, incorporado al ordenamiento jurídico. Según el principio en mención, cuando un sujeto viola intencionalmente o por negligencia los derechos de otro sujeto, causando así diversas afectaciones, actúa de manera socialmente rechazable y moralmente injustificable. Por dicha razón, la acción u omisión afectadora y dañina debe ser clasificada como una

conducta ilícita que debe ser objeto de sanción y generalmente de penalización, en cabeza del sujeto responsable, entre otros propósitos, con miras a reparar efectivamente los daños infringidos al sujeto afectado.

A manera de ilustración, es de mencionar que en Colombia se ha desarrollado una jurisprudencia sobre los daños generados por la mayor victimización ocurrida en las últimas tres décadas como resultado del desplazamiento forzado masivo. Así, por ejemplo, el Consejo de Estado ha argumentado que es “un hecho notorio que el desplazamiento forzado produce daño moral a quienes lo padecen”, por el dolor, la angustia y la desolación que genera en quienes son víctimas de este flagelo.

## **6.2. Daño individual y daño colectivo**

La violación de derechos colectivos puede generar daños materiales, por ejemplo, sobre el patrimonio económico o la infraestructura, o inmateriales/morales como, por ejemplo, sobre el bienestar psicosocial, mental y relacional/afectivo de índole colectiva, ya sea en detrimento de grupos específicos como de individuos pertenecientes a una comunidad, pero con impacto de carácter colectivo. Por otra parte, la ocurrencia de afectaciones propiamente colectivas no excluye que simultáneamente se puedan afectar derechos de índole estrictamente individual a algunos miembros de la colectividad. Es decir, el daño colectivo no excluye por sí mismo la simultánea reproducción de violaciones de derechos individuales de algunos sujetos del colectivo afectado.

Los daños van desde la afectación de la infraestructura física de una comunidad, lo que impide la normal realización de sus actividades económicas y el normal ejercicio de su vida colectiva, hasta la descomposición o destrucción del tejido social, o el bloqueo para el desarrollo de la participación, la organización, la libre expresión y la deliberación y organización social en la comunidad. Esto quiere decir que el daño de un bien colectivo es no sólo una afectación de la esfera social del individuo, sino del bien colectivo como un componente del funcionamiento social y grupal (Lorenzetti, 2002). Así, es de primordial importancia resaltar que el sujeto afectado en un daño colectivo no necesita ser una persona jurídica establecida, sino que basta con que se trate de un colectivo de sujetos que debido a una acción externa (como la intervención de agentes armados o la comisión de prácticas de corrupción que irrumpen la debida y esperada asignación de recursos públicos, por ejemplo) ven conjuntamente afectados derechos vitales ya sean materiales como morales que incluyen la libertad y la integridad en su acepción más amplia del término.

Así, como lo señala (Peña, 2005), la afectación colectiva: “(...) consiste en el atropello de intereses (...) plurales de un estamento o categoría de personas, cuyo ligamen puede ser, subjetivo u objetivo. En el primer caso el daño se propaga entre varios sujetos –

incluso sin vínculo jurídico entre ellos– y recae en un interés común, compartido y relevante, con aptitud para aglutinar a quienes se encuentren en idéntica situación fáctica. En el segundo caso el factor atrapante es objetivo y de incidencia colectiva, porque media lesión a bienes colectivos o públicos, no susceptibles (sic) de apropiación o uso individual y exclusivo.”

En esta medida, el daño colectivo también puede ser moral o material/patrimonial; el primero refiriéndose a la afectación de intereses de naturaleza extrapatrimonial y colectiva, en tanto que el segundo restringiéndose a intereses colectivos propiamente materiales; entre los primeros se cuentan:

“a) El goce de un ambiente sano de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley y las disposiciones reglamentarias; b) La moralidad administrativa; c) La existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. La conservación de las especies animales y vegetales, la protección de áreas de especial importancia ecológica, de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas, así como los demás intereses de la comunidad relacionados con la preservación y restauración del medio ambiente; d) El goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público; e) La defensa del patrimonio público; f) La defensa del patrimonio cultural de la Nación; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; i) La libre competencia económica; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; k) La prohibición de la fabricación, importación, posesión, uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares o tóxicos; l) El derecho a la seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente; m) La realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes; n) Los derechos de los consumidores o usuarios”.

Así pues, según (Peña, 2005):

El daño moral está constituido por la lesión al bien a sí mismo, con independencia de las repercusiones patrimoniales que tenga, y fundándose en que se lesiona el bien colectivo en su propia existencia o extensión. De modo que el perjuicio inmaterial surge por la lesión al interés sobre el bien de naturaleza extrapatrimonial y colectiva.

El daño moral colectivo, al igual que en su momento ocurrió con el daño moral en general pero que ya es comúnmente aceptado, ha sido objeto de críticas que cuestionan su aplicación en la práctica. Por un lado, se aduce la dificultad de probarlo de manera sustentada y, más aún todavía, de estimarlo en términos monetarios para determinar

su reparación; y por otro, se argumenta la falta de precedentes de carácter jurisdiccional en muchos ordenamientos nacionales (Peña, Thomson Reuters, 2012). En contraste con lo anterior, se argumenta que ante el hecho de que el daño moral colectivo comprende a “un grupo o categoría que, colectivamente y por una misma causa global, se ve afectado en derechos o intereses de subida significación vital” (Iturraspe, 1980), este daño debería ser tutelado de modo preferente por la Constitución y la ley.

Quizás el caso de daño moral colectivo más reconocido y legitimado internacionalmente es el ambiental que consiste en “la disminución en la tranquilidad anímica y espiritual que sufre la comunidad en su totalidad, equivalente a la lesión a intereses colectivos no patrimoniales, causada por el daño acontecido contra el ambiente que lo circunda” (Peña, 2012). En este sentido, el resarcimiento del daño colectivo ha de ser estrictamente colectivo y no individual.

Esto, sin embargo, no implica demeritar la dificultad de cuantificar daños colectivos, todavía más de carácter moral, por la ausencia de criterios y métodos de valoración únicos y suficientemente robustos, lo cual es agravado cuando se trata de afectaciones de naturaleza subjetiva/no material. En efecto, es clara la necesidad de acudir a principios de valoración como los de proporcionalidad y razonabilidad para que el juez como perito pueda proceder con debida legitimidad a una definición práctica/empírica del daño. Aquí, entonces, desempeña un papel crucial, aunque no único, la eventual reparación de índole simbólica cuando se trata de reparar daños morales o inmateriales colectivos.

De cualquier forma, el daño compensatorio colectivo es el conjunto de los daños morales/inmateriales y los daños patrimoniales de carácter colectivo que, como lo señala su mismo nombre, ha de ser compensado mediante medidas de reparación e indemnización a los sujetos colectivos afectados.

Ahora bien, no es tarea sencilla especificar los criterios definitorios de una identidad colectiva que sea sujeto de reparación; de hecho, experiencias internacionales demuestran la ausencia de definiciones únicas de lo que es una víctima colectiva o un grupo con identidad colectiva (International Center for Transitional Justice, 2009). En Colombia, los sujetos de reparación colectiva están definidos en el artículo 152 de la Ley 1448 de 2011, tipificados como (i) grupos y organizaciones sociales, (ii) grupos y organizaciones políticas, (iii) comunidades determinadas a partir de un reconocimiento jurídico como entes colectivos, (iv) comunidades determinadas a partir de un reconocimiento político como entes colectivos, y (v) comunidades determinadas a partir de un reconocimiento social como entes colectivos. De esta manera, se definen 10 sujetos de reparación: (i) grupos sociales, (ii) grupos políticos, (iii) organizaciones sociales, (iv) organizaciones políticas, (v) comunidades con reconocimiento jurídico,

(vi) comunidades con reconocimiento social, (vii) comunidades con reconocimiento político, (viii) comunidades culturales, (ix) comunidades territoriales, y (x) comunidades con propósito común.

Estas definiciones, sin embargo, no solucionan completamente las complejidades normativas y positivas de aplicación, de manera que se ha planteado la necesidad de contar con instrumentos jurídicos que definan conceptos como grupo, comunidad, y organización, a partir de elementos antropológicos, políticos y sociológicos (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016, pág. 57). En términos de la reparación de grupos sociales, se reconocen aproximaciones sociológicas y de la psicología social en las que la existencia de “roles recíprocos entre personas que comparten una realidad colectiva estructurada y duradera” (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016, pág. 58).

El Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación Integral de las Víctimas ha expedido documentos definiendo los criterios de inscripción de sujetos en el Registro Único de Víctimas (RUV). Sin embargo, al restringirse a comunidad, grupo y organización, el RUV requiere más desagregación en los tipos de asociación o agrupación para así atender a la variedad de sujetos de reparación (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016, pág. 58).

Un elemento importante de las reparaciones colectivas es diferenciarlas claramente de las obligaciones ordinarias del Estado e, incluso, de la prestación de servicios básicos; es decir, construir una escuela o un hospital, por ejemplo, no puede entenderse como una forma de reparación colectiva por cuanto se encuentra en las obligaciones del Estado y en los servicios básicos a los que se debería tener acceso sin necesidad de instrumentos especiales de reparación (International Center for Transitional Justice, 2009).

## **7. Verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición en Colombia**

Colombia cuenta con antecedentes jurisprudenciales para avanzar en procesos de reparación, como se reconoce en la Sentencia SU-254 de 2013 de la Corte Constitucional: “los parámetros fijados por el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos, señalan que la reparación debe ser justa, suficiente, efectiva, rápida y proporcional a la gravedad de las violaciones y a la entidad del daño sufrido”. Así, la jurisprudencia de la Corte ha establecido los siguientes parámetros y estándares constitucionales para definir el derecho a la reparación, en armonía con el derecho y consideraciones jurisprudenciales internacionales (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016, pág. 49):

El reconocimiento expreso del derecho a la reparación del daño causado que le asiste a las personas que han sido objeto de violaciones de derechos humanos, al ser un derecho internacional y constitucional de las víctimas.

El derecho a la reparación integral y las medidas requeridas se encuentran regulados por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios, aspectos que no pueden ser desconocidos y deben ser respetados por los Estados obligados.

El derecho a la reparación es integral, en la medida en que se deben adoptar medidas determinadas no sólo por la justicia distributiva sino también por la justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas.

Las obligaciones de reparación incluyen, en principio y de manera preferente, la restitución plena (*restitutio in integrum*), que se refiere al restablecimiento de la víctima a por lo menos la situación anterior al hecho de la violación, entendida ésta como una situación de garantía de sus derechos fundamentales. De no ser posible tal restablecimiento pleno, es procedente la compensación a través de medidas como la indemnización pecuniaria por el daño causado.

La reparación integral incluye además de la restitución y de la compensación, una serie de medidas como la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición.

La reparación integral a las víctimas de graves violaciones a los derechos humanos tiene tanto una dimensión individual como colectiva.

En su dimensión individual, la reparación incluye medidas como la restitución, la indemnización y la readaptación o rehabilitación.

En su dimensión colectiva, la reparación se obtiene también a través de medidas de satisfacción y carácter simbólico o de medidas que se proyecten a la comunidad.

Una medida importante de reparación integral es el reconocimiento público del crimen cometido y el reproche de tal actuación.

El derecho a la reparación supera el campo de la reparación económica, e incluye además de las medidas ya mencionadas, el derecho a la verdad y a que se haga justicia.

El derecho a la reparación incluye tanto medidas destinadas a satisfacer la verdad y la memoria histórica, como medidas destinadas a que se haga justicia, se investigue y sancione a los responsables.

Es claro, entonces, que el derecho a la reparación ha de ser integral y pleno, “de tal manera que en lo posible se garantice *restitutio in integrum*, esto es, la restitución de las víctimas al estado anterior al hecho vulneratorio, y que de no ser posible la restitución integral y plena, se deben adoptar medidas tales como indemnizaciones

compensatorias”. Además, con base en lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se señala que:

La reparación debe ser justa y proporcional al daño sufrido... debe reparar tanto los daños materiales como inmateriales (...), la reparación del daño material incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como medidas de rehabilitación, y (...) la reparación debe tener un carácter tanto individual como colectivo (...) ante una estrecha conexión e interdependencia entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia y las garantías de no repetición.

Como se observa, aún sin restringir la reparación a una jurisdicción especial de justicia, la Corte sí reconoce la cercanía conceptual y práctica entre la reparación y el derecho a la verdad, a la justicia y a contar con garantías de no repetición de la victimización, que son elementos usualmente característicos de jurisdicciones de justicia transicional. En esta medida, la reparación frente a daños causados por prácticas de corrupción, al menos en Colombia, no debería escapar a objetivos que, aunque usualmente comunes en la justicia transicional, cada vez son más relevantes para adelantar cualquier proceso integral de reparación de daños sociales que, en principio, habrían de incluir a los daños causados por prácticas de corrupción, especialmente cuando se trata de estadios avanzados de corrupción sistémica y cooptación institucional.

Así, la jurisprudencia constitucional establece que los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición son “derechos constitucionales de orden superior” con sustento en el “principio de respeto de la dignidad humana” como “base fundante del Estado Social de Derecho” y en el deber constitucional de proteger los derechos y las libertades “como finalidad esencial del Estado”.

Consecuentemente, es claro que para la Corte Constitucional colombiana el derecho a la reparación es un derecho complejo en el sentido estricto del término, que aunque jurisprudencialmente prescrito para procesos de victimización reconocidos como el del desplazamiento forzado, por ejemplo, no necesariamente excluye otras formas de victimización o afectación social y humana.

### **7.1. La responsabilidad**

Respecto a la asignación de responsabilidad por los daños causados, la jurisprudencia colombiana no solo señala como responsables a los agentes directos victimizadores/afectores, ejecutores de la conducta dañina, sino también a quienes facilitan la victimización y aprovechan el accionar de los agentes victimizadores. Esto se ha hecho evidente, por ejemplo, en redes ilícitas de cooptación institucional y macro-corrupción en las que se observa la provisión de recursos –por vía de financiamiento, por ejemplo– por parte de agentes poderosos –legales como empresarios e incluso abiertamente ilegales– a favor de partidos políticos, políticos y funcionarios de alto

rango, entre otros, que en contrapartida reciben trato favorable injustificado y obtienen beneficios extraordinarios con apariencia de legalidad en su propio interés excluyente y en detrimento de intereses colectivos. Por esta razón, los agentes colaboradores deben ser objeto no sólo de las sanciones tanto penales y civiles pertinentes como morales/sociales, sino también de la obligación de índole pecuniaria de reparación por aquellos montos equivalentes a la porción que les corresponda de los daños punitivos reproducidos, según su grado de responsabilidad en el accionar ilícito y victimizante. Esto, por supuesto, requiere un exigente análisis por parte de las autoridades penales y administrativas para determinar grados de responsabilidad de los agentes involucrados

Este razonamiento guardaría cierta coherencia con la doctrina del daño punitivo en el derecho civil en algunas jurisdicciones nacionales. Es así, como lo señala (Guanziroli, 2006):

En Suiza y Alemania se le otorgan facultades al juez para medir el cuántum indemnizatorio, ponderando entre otros aspectos la gravedad de la falta cometida por el responsable, idea que también se acerca a la doctrina en cuestión... (así como la) “Ley de protección del consumidor de Quebec (Canadá), donde se autoriza al consumidor a reclamar daños e intereses ejemplares en ciertos casos de graves inconductas del empresario o productor.

El recaudo de la reparación del daño punitivo, entonces, ha de ser destinado a las arcas del Estado, en particular para con ello contribuir a financiar la reparación integral cuando no se recuperen los daños compensatorios a cargo de los agentes infractores o cuando al Estado le corresponda en última instancia, por acción u omisión, parte de la responsabilidad en los daños causados por vulneración de derechos.

De cualquier forma, la jurisprudencia internacional requiere ser estudiada con debido cuidado, al igual que las experiencias de su aplicación, pues deben explorarse aquellas que más coincidan con las diversas formas de participación de agentes privados en procesos masivos de corrupción y victimización, con consecuentes réditos a su favor en términos de beneficios patrimoniales, por ejemplo.

## **7.2. Cálculo de daños**

A partir de lo expuesto, dos conceptos básicos son útiles para cuantificar daños materiales o económicos resultantes de una afectación causada por una acción dañina realizada por un agente afectador: daño emergente y lucro cesante.

Las pérdidas de orden material o económico sufridas por el agente afectado son de dos tipos: por una parte, la pérdida patrimonial ocasionada por el valor de los bienes y activos que le fueron afectados total o parcialmente al agente afectado y, por la otra, la

pérdida de la capacidad productiva –y por lo tanto, de los ingresos futuros que con esos bienes o inversiones hubieran podido generar– que han sufrido los agentes afectados al perder esos bienes y activos en los que se basaba su actividad económica. La primera pérdida es el daño emergente y la segunda es el lucro cesante.

La cuantificación del daño emergente consiste en una evaluación a precios actuales de mercado del valor de los bienes y activos afectados por el daño, mientras que la cuantificación del lucro cesante consiste en una evaluación del valor presente de los ingresos dejados de percibir por el agente afectado durante un determinado periodo, como resultado de la acción afectadora (Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, 2011). La reparación de tales daños ha de corresponder al agente afectador que comete directamente el acto dañino, así como a aquellos que auspician e indirectamente usufructúan de beneficios generados por la infracción o el delito y su correspondiente daño. Ahora bien, a cada agente infractor directo e indirecto le ha de corresponder reparar aquella proporción del valor total del daño reproducido según su grado relativo de responsabilidad y de usufructo de beneficios fruto del acto afectador.

La reparación a la que tienen derecho las víctimas, como se ha señalado, debe ser integral y se prevé por vía judicial y/o administrativa. La primera, al buscar la reparación del daño antijurídico, está articulada a cada investigación y, por ende, a la sanción de los responsables de la acción dañina (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016, pág. 53). Además, se concreta mediante el incidente de reparación discutido atrás, ya sea en el marco de un proceso penal ordinario o de un proceso de justicia transicional.

Por otra parte, la vía administrativa de reparación se dispone para responder a la responsabilidad del Estado en atender “violaciones masivas, con mayor flexibilidad probatoria y de manera más expedita, a costa de aceptar una reparación parcial del daño, aunque sí integral (...) ante la dificultad de estimar adecuadamente el daño producido para todas y cada una de las víctimas” (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016, pág. 54). Ambas vías de reparación son complementarias y, en esta medida, la Corte Constitucional ha señalado que “deben garantizar en su conjunto una reparación integral, adecuada y proporcional a las víctimas” (Sentencia C-233/16, 2016).

Así, la vía administrativa también tiene el propósito de facilitar la reconstrucción de la memoria para develar las responsabilidades frente a daños masivos, como fundamento de una justicia anamnética que no sólo esté fundamentada penalmente sino en la reconstrucción de la memoria societal que permita “progresar a una justicia general” (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016, pág. 54). De hecho, identificar y reconocer la responsabilidad de los victimarios, así como construir y preservar la memoria histórica, se reconocen como elementos indispensables de las reparaciones colectivas

que, por lo tanto, también serían elementos indispensables en un proceso de reparación por daños causados por prácticas de corrupción: “la recuperación de la memoria debería ser la base para la definición participativa de las medidas de reparación colectiva” (International Center for Transitional Justice, 2009, pág. 45).

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se proponen unos procedimientos para identificar y calcular el daño causado por algunas prácticas de corrupción. Al respecto, es importante señalar que en este primer avance se centra la atención en aquellas prácticas de corrupción relacionadas y resultantes de la cooptación o de la indebida injerencia en la adjudicación de contratos millonarios como en la incorrecta ejecución de los mismos, facilitadas por el pago de sobornos. En este sentido, se atiende a (i) manipulaciones que resultan de la falta de objetividad –bajo un criterio básico como el equiprobabilístico– durante el proceso licitatorio como resultado de cualquier práctica ilícita de corrupción, como cohecho, conflicto o tráfico de intereses, o (ii) a pesar de que se cumplan los procedimientos legalmente formales durante el proceso de licitación, la obra objeto del contrato es de una reducida o nula pertinencia desde el punto de vista económico y social.

La atención metodológica sobre estas prácticas obedece a los millonarios montos perdidos por vía de sobre-costos e incumplimientos en la asignación y ejecución de contratos públicos que han sido identificados no sólo en Colombia sino en América Latina gracias al descubrimiento de complejas estructuras de cooptación institucional y macro-corrupción (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018). En esta medida, es clara la urgencia de contar con mecanismos orientados no sólo a reparar los daños resultantes de estas prácticas, sino también a inhibir su repetición. No obstante, es siempre importante recordar que éstas no son las únicas ni necesariamente las más perjudiciales prácticas de corrupción, sino que situaciones como las de Reconfiguración Cooptada del Estado y, en general, de Cooptación Institucional sistémica deben ser tratadas prioritariamente al ser procesos causantes de graves distorsiones económicas, políticas e institucionales, que reproducen daños sociales a nivel micro, meso y macro que requieren adecuada reparación. Con esta advertencia en mente, la siguiente metodología para calcular el daño total en casos de corrupción se basa en un modelo que concentra la atención en la conceptualización, operacionalización y evaluación empírica de los principales componentes del daño total, del grado de responsabilidad de los diferentes agentes infractores y del nivel de afectación de los diversos sujetos perjudicados con miras a la realización de una reparación integral.

Para comprender los componentes del daño total a partir de la definición de reparación integral, conviene resaltar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que una reparación “debe garantizar en su conjunto

una reparación integral, adecuada y proporcional a las víctimas (...). “La reparación debe ser justa y proporcional al daño sufrido... debe reparar tanto los daños materiales como inmateriales (...), la reparación del daño material incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como medidas de rehabilitación, y (...) la reparación debe tener un carácter tanto individual como colectivo (...) ante una estrecha conexión e interdependencia entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia y las garantías de no repetición”.

En este sentido, la doctrina ha establecido que el daño total comprende diferentes componentes, a saber: el daño emergente, el lucro cesante y el denominado daño moral/institucional o, en últimas, social.

Para comenzar se procede a especificar la metodología para la cuantificación empírica tanto de daño emergente y lucro cesante y especificar el monto de la debida reparación, la identificación del grado de responsabilidad de aquellos agentes responsables de acciones ilícitas –así fuere con apariencia de legalidad– en el proceso de la contratación pública de obras o de prestación de servicios por parte de entidades del Estado, y la especificación del nivel de afectación de agentes perjudicados.

## **8. Reparación integral de daños causados por algunos tipos de corrupción**

### **8.1. Componentes básicos de los daños emergentes y su reparación**

(i) El valor presente de la diferencia entre el valor del contrato y valor actuarial de la obra objeto del contrato es la medida de un componente del daño emergente por la realización de un determinado contrato en detrimento directo y visible de las finanzas de la entidad pública o empresa del Estado contratante, y a favor injustificadamente de la empresa privada contratista seleccionada de manera ilícita, así fuera con apariencia de legalidad.

En este caso el valor del daño o sobrecosto injustificado de las obras o servicios objeto del contrato infligido a la entidad pública contratante es igual al valor de la reparación que debiera sufragar directamente el contratista privado, equivalente a la ganancia injustificada/extra-normal obtenida ilícitamente por este último.

(ii) Existen otros componentes del daño emergente para la entidad pública contratante como, por ejemplo, el valor presente de su pérdida patrimonial por la baja en el valor de su acción en el mercado de capitales y por el encarecimiento de su financiación, durante al menos un determinado periodo de tiempo, debido a la afectación de su good will y consecuente caída en la calificación de riesgo tras haber sido objeto de procesos de corrupción –el caso de Petrobras es el más evidente–.

En este caso el valor del daño a la entidad pública contratante no le reporta beneficio directo alguno al contratista privado, ni a los funcionarios públicos ni intermediarios

particulares que capturaron o cooptaron la selección del contratista de manera ilícita, pero tanto el uno como los otros sí deben sufragárselo a la entidad pública contratante con cargo a sus patrimonios y activos para reparar parte del daño causado por su acción dolosa. Este daño tiene un cierto carácter moral/institucional con una clara expresión económica que puede ser cuantificable directamente sin necesidad de acudir a supuestos restrictivos o cuestionables.

Su relevancia resulta evidente cuando se analizan los efectos macroeconómicos de estadios de corrupción sistémica como la cooptación institucional y la macrocorrupción que afectan la calificación de riesgo país, encareciendo su financiación (pública y privada) y desincentivando la inversión privada (doméstica e internacional), con sus impactos negativos sobre la acumulación y el crecimiento económico. Así, entonces, el encarecimiento de la financiación del Estado y sus entidades por el alza en la calificación del riesgo país asignable al impacto de la corrupción, es un daño moral/institucional con consecuencias económicas directas cuantificables. En este caso, el daño infligido al erario público por la corrupción no les reporta beneficio directo a los contratistas corruptores ni a los funcionarios públicos e intermediarios particulares que hubieren recibido sobornos o tratos injustificados, pero tanto unos como otros deben contribuir con sus patrimonios y activos a reparar ese daño al Estado.

*(Fórmula 1) Valor actual Daño Emergente = (Cb-Ca)\*∏\_{(n=t0)}^{t1} [(1+Ti)]\_n*

*Siendo:*

*Cb: Costo bruto del Contrato, incluyendo los aditivos.*

*Ca: Costo Actuarial.*

*[[Ti]]\_n: Tasa anual inflación registrada en la economía brasilera en el año n.*

*t0: Periodo inicial del año según el caso específico (año en que ocurrió el hecho).*

*t1: Periodo final del año según el caso específico (año en que se realiza el cálculo).*

Mediante esta fórmula de valor actual se logra determinar el daño emergente actualizada a la fecha del cálculo.

## **8.2. Lucro cesante y su reparación**

El valor presente del costo de oportunidad durante un periodo de tiempo determinado derivado del daño emergente total causado o infligido a una entidad pública o empresa del Estado contratante por el sobrecosto injustificado de las obras o servicios objeto del contrato, es el denominado lucro cesante por la realización del contrato en detrimento directo y visible de las finanzas de la entidad pública o empresa del Estado afectadas, y a favor injustificadamente de la empresa privada contratista seleccionada de manera

ilícita, así fuera con apariencia de legalidad. Es de recordar que el costo de oportunidad es el valor de las ganancias o del aumento patrimonial, según el caso, dejados de percibir por la entidad pública o empresa del Estado contratante por la disminución de su patrimonio o del valor de sus activos a causa del sobre costo injustificado de las obras o servicios objeto del contrato.

En este caso, el valor del lucro cesante causado a la entidad pública contratante no le reporta beneficio directo alguno al contratista privado, ni a los funcionarios públicos ni intermediarios particulares que capturaron o cooptaron la selección del contratista de manera ilícita, pero tanto el uno como los otros sí deben sufragárselo a la entidad pública contratante con cargo a sus patrimonios y activos para reparar parte del daño causado por su acción dolosa.

Esta medida también resulta aplicable cuando se trata de cuantificar el impacto macroeconómico de la corrupción sistémica a nivel país.

$$(Fórmula 2) \text{ Lucro Cesante consolidado} = [(Cb-Ca) * \prod_{(n=t0)}^{t1} \left[ \frac{1}{(1+Ti)} \right] \left[ \frac{1}{(1+Tibe)} \right]^{-n}]$$

*Siendo:*

*Cb: Costo bruto del Contrato, incluyendo los aditivos.*

*Ca: Costo Actuarial.*

*Ti: Tasa anual de interés interbancario de equilibrio o su equivalente.*

*Ti<sub>n</sub>: Tasa anual inflación observada en la economía brasilera en el año n.*

*Tibe<sub>n</sub>: Tasa anual interbancaria promedio de la economía brasilera en el año n.*

*t0: Periodo inicial del año según el caso específico.*

*t1: Periodo final del año según el caso específico.*

Mediante esta fórmula se calcula el lucro cesante consolidado desde la fecha de la ocurrencia del hecho de corrupción hasta el año actual, lo cual equivale a multiplicar la diferencia del valor total del contrato menos el valor actuarial del mismo ajustado al valor presente a través del índice de inflación y multiplicado por el promedio de la tasa de interbancaria de equilibrio de cada año. En este caso, se considera la tasa interbancaria como insumo del segundo factor de actualización.

### **8.3. Enriquecimiento ilícito directo (valor de sobornos) y su contribución a la reparación**

El valor presente de los sobornos pagados por la empresa contratante seleccionada de manera ilícita es la medida de un beneficio injustificado a favor tanto de determinados funcionarios de la entidad pública o empresa del Estado contratante como de intermediarios particulares, por concepto de la interposición de su poder de influencia para la selección dolosa de la empresa contratista elegida, es decir, por el incumplimiento de las reglas equiprobabilísticas características de un sistema verdadero de competencia.

El valor de estos beneficios injustificados debe, por lo tanto, ser sufragado a favor de la entidad pública o empresa del Estado contratante, por parte de los funcionarios públicos e intermediarios particulares beneficiados injustificadamente gracias al procedimiento ilícito, en calidad de parte de la reparación de los daños totales causados a la entidad pública o empresa del Estado contratante.

En consecuencia de lo anterior, el valor total del daño emergente y el lucro cesante causados a la entidad pública o empresa del Estado por los sobrecostos injustificados de una obra o unos servicios objeto de un contrato realizado de manera ilícita, aún con apariencia de legalidad, debería ser reparado por parte de la empresa contratista privada y de los funcionarios e intermediarios partícipes, con cargo de las extraganancias usufructuadas en el caso de la empresa y de los sobornos recibidos por funcionarios e intermediarios, así como de sus patrimonios y activos, y en una proporción acorde con los beneficios obtenidos indebidamente por cada uno de ellos.

*(Fórmula 3) Valor actual Enriquecimiento Ilícito = (Ei)\*[Π\_(n=t0)^t1] [(1+)] [(Ti)] \_n*

*Siendo:*

*Ei: El valor total de los sobornos pagados.*

*[(Ti)] \_n: Tasa anual inflación observada en la economía brasilera en el año n.*

*t0: Periodo inicial del año según caso específico.*

*t1: Periodo final del año según caso específico.*

Mediante esta fórmula se determina el valor actualizado y total de las ganancias obtenidas de manera ilegítima a través de actos de corrupción por medio de sobornos en perjuicio de una entidad pública.

#### **8.4. Reparación a los grupos poblacionales afectados: responsabilidad de las entidades públicas contratantes o del Estado en última instancia**

Ante una evidente afectación de la cantidad, calidad y/o tarifa de acceso de los servicios públicos ofrecidos por las entidades públicas o empresas del Estado afectadas por la

corrupción, se reproducen impactos negativos a los grupos poblacionales receptores o usuarios de tales servicios, ya sea por su deterioro, escasez y/o encarecimiento, que les deben ser resarcidos por parte de tales entidades o empresas.

Esta reparación indirecta ha de replicar estrictamente con cargo a los recursos recibidos por las entidades públicas o empresas del Estado en calidad de reparación por las afectaciones a ellas infligidas por concepto de acciones ilícitas y dolosas de corrupción en su contratación pública, y sin que por ello se afecten perversamente ninguna de las responsabilidades intrínsecas y normales que le competen institucionalmente.

Ahora bien, en la medida en que dichas entidades o empresas no fueren resarcidas debidamente o que no cumplieran con su deber de reparar a su población usuaria o receptora de sus servicios públicos, le ha de corresponder en última instancia al Estado la responsabilidad de garantizarle la debida reparación a la población afectada, sin que sea a costa del ejercicio normal de sus otros deberes constitucionales establecidos. Es decir, que los derechos a una reparación integral de los grupos poblacionales afectados no deben afectar en ni sustituir de manera alguna a los deberes prestacionales normales que le compete observar al Estado. Esta obligación del Estado como garante último de la debida observancia de los derechos fundamentales de la ciudadanía es estipulada por la Carta Constitucional de 1991, y ha sido desarrollada jurisprudencialmente –tanto en la jurisdicción ordinaria como en la transicional– a propósito de la violación masiva de derechos humanos en el marco del conflicto armado en sentido amplio –según la acepción dada por la Corte Constitucional colombiana–.

### **8.5. El caso de Captura del Estado en el diseño y aplicación de política pública**

Otro caso frecuente de un tipo de corrupción más complejo que el relacionado con la contratación pública es el de Captura básica del Estado para influir y manipular el diseño y aplicación de política pública. En este tipo de corrupción, algunos agentes empresariales poderosos, en usufructo de su posición destacada en la estructura política, económica y social del país, interponen sus intereses mediante una inequitativa y privilegiada mediación ante funcionarios decisores (Hellman, Jones, & Kaufmann, 2000; Hellman & Kaufmann, 2001; Hellman & Kaufmann, 2000).

A su vez, dicha manipulación puede resultar del pago de sobornos o de incidencia resultantes por tráfico de influencias de diversa índole, para lograr la aprobación de una política que beneficie injustificadamente a un grupo de agentes con respecto a sus competidores, especialmente en la medida que tengan una posición dominante en el mercado, bien sea como un mono u oligopolio concentrado.

Con las prácticas de Captura del Estado se quiebran las normas de un mercado competitivo que, en situación de libre competencia, deberían determinar un trato

equiprobabilístico entre agentes –esto es, un campo nivelado de competencia entre empresas en el mercado–. Por supuesto, resulta más difícil cuantificar los daños producidos directa e indirectamente a los agentes sociales perjudicados como resultado de una política pública capturada –manipulada– que favorece de manera injusta y discriminatoria a determinados competidores, que en el caso de una contratación pública ilícita mediada con el pago de soborno.

Una situación típica comparativamente simple es la relativa a una política capturada que permite obtener extraganancias a las empresas captadoras –más allá de las normales en un mercado competitivo–, ya sea por su potestad para (i) fijar un extraprecio, (ii) rebajar la calidad y los estándares de sus productos, o (iii) ampliar mediante privilegios su participación en el mercado, al usufructuar de una regulación propiciadora de la segmentación del mercado en su propio provecho, excluyendo o relegando a al menos parte de sus competidores, por ejemplo. En esta situación, el valor actual del daño total emergente directo para el conjunto de los consumidores de los productos o servicios vendidos en el mercado por las empresas captadoras a cargo de un injustificado aumento de precios o de una irregular rebaja en la calidad de los bienes o servicios, por ejemplo, equivale a una porción del valor actual de las extraganancias de estas últimas. También se producen otros daños emergentes directos como son los incurridos por las empresas competidoras al sufrir reducciones injustificadas en sus ganancias normales por pérdida de participación en el mercado ante el deterioro injusto/injustificado –o anormal por la quiebra del principio de competencia equiprobabilística– de sus condiciones de competencia en el mercado respecto a sus competidores captadores privilegiados.

De esta manera, la suma del valor actual de la totalidad de los daños emergentes directos tanto de sus consumidores como de sus empresas competidoras equivale, ceteris paribus, al valor total actual de las extraganancias obtenidas de manera directa, irregular e ilícita, por parte de las empresas captadoras.

Estas extraganancias directas podrían incrementarse en la medida en que, como consecuencia de la expansión del volumen de negocios de una empresa o de un reducido grupo de empresas, se aumentare su valor patrimonial con la revaluación de sus acciones en el mercado de capitales, según el caso. El valor presente del incremento patrimonial extraordinario de las empresas captadoras –debido a normas irregulares de competencia en su favor–, ha de adicionarse al valor actual de las extraganancias directas.

En este caso, el valor actual total de las extraganancias directas e indirectas de las empresas captadoras les debería ser extinguido de su patrimonio para financiar el valor actual total de los daños emergentes directos e indirectos infligidos a sus consumidores y empresas competidoras.

Ahora bien, si para capturar la formulación de la política pública las empresas captadoras hubieren recurrido a sobornar funcionarios decisores, bien sea directamente responsables o intermediarios, el enriquecimiento ilícito de estos últimos agentes les deberá también ser extinguido a fin de contribuir a la reparación integral de los daños producidos por concepto de esta Captura básica del Estado.

Es de reconocer que quizás la situación recién descrita sea la más sencilla –aunque no por ello menos representativa– del estadio de corrupción consistente en la Captura básica del Estado. Es así como otras situaciones más complejas como la cartelización, el aprovechamiento de información privilegiada y “malinformación”, el tráfico de influencias sin pago de sobornos, entre otras, se enmarcan por lo general en el ámbito de la teoría económica de la regulación. Por este motivo, se requieren análisis más comprensivos relacionados con el funcionamiento de mercados segmentados de bienes y servicios –todavía más con la irrupción de la denominada “economía digital de las plataformas” – y los impactos de actos lícitos e ilícitos en dicho funcionamiento, como, por ejemplo, corrupción, captura o cooptación institucional. Estos análisis son requisitos para cuantificar daños infligidos a cada sujeto social afectado.

Antes de concluir, es de mencionar que existen otras anomalías en la regulación de mercados que pueden llevar a diferentes segmentaciones de mercados y que, por lo general, tienden a favorecer injustificadamente a unas empresas o un grupo de reducido de empresas, respecto a otras. Dichas segmentaciones producen consecuencias similares a las recién descritas para el caso de Captura básica de la regulación del Estado, pero resultan principalmente por lo que podría denominarse “fallas administrativas o regulatorias del Estado”, sin la mediación de ningún acto doloso explícito por parte de funcionarios diseñadores o ejecutores de la política regulatoria, ni tampoco por los agentes sociales favorecidos en el mercado, sino como resultado de vacíos legislativos, normativos o técnicos, entre otros. Este tipo de situación no ha de conducir a una penalización de los agentes beneficiarios ni a que éstos sean sujetos responsables de la reparación de las pérdidas o de las “ganancias de oportunidad” de sus competidores y de los “costos de oportunidad” de sus consumidores.

## **9. A manera de reflexión**

Abundante evidencia empírica reseñada en la segunda sección demuestra los impactos económicos, políticos, institucionales y, en general, sociales que resultan de la corrupción. Estos impactos en términos de daño para el ordenamiento social, son especialmente graves cuando resultan de la operación de redes de macro-corrupción y cooptación institucional con carácter transnacional y actuando en múltiples instancias a nivel doméstico (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018). En este sentido, las prácticas de macro-corrupción no sólo afectan a individuos y comunidades

específicas, sino que incluso distorsionan el ordenamiento económico, político y social deseable. El grave daño social que resulta de estadios de corrupción complejos a gran escala, mediante estructuras de macro-corrupción y cooptación institucional, hace que sea cada vez más acuciante para los países contar con marcos jurídicos e instrumentos institucionales a fin de garantizar que los agentes involucrados en dichas prácticas sean debidamente juzgados y penalizados, y reparen debidamente tanto a las víctimas individuales y comunitarias afectadas, como a la sociedad en conjunto. Esta necesidad es aún más imperante a medida que se profundiza y complejiza la corrupción, se transnacionaliza su operación, y se incrementa la cantidad y diversidad tanto de agentes corruptores involucrados como de agentes e instituciones afectados.

Precisamente para atender a esta necesidad, el concepto de daño social ha contado con desarrollos jurisprudenciales y doctrinarios orientados a sustentar su concreción mediante disposiciones penales y civiles de reparación en países como Costa Rica, Brasil y Perú, para retornar al estado de cosas sociales previo a la corrupción. Aunque en algunos ordenamientos jurídicos como el colombiano, dichos desarrollos se han dado principalmente en áreas de reparación a violaciones masivas de derechos humanos, así como a daños medioambientales, es aún indispensable avanzar en el desarrollo jurisprudencial, doctrinario e institucional para la reparación de una diversidad de daños causados en estadios complejos de macro-corrupción y cooptación institucional.

El concepto de daño social en Colombia cuenta con sustento jurisprudencial y doctrinario gracias a que el Consejo de Estado y especialmente la Corte Constitucional en repetidas ocasiones se ha pronunciado acerca de la necesidad de que diversos victimarios reparen a las víctimas de violaciones sistemáticas de derechos humanos, por ejemplo, resultantes de procesos de desplazamiento forzado masivo. Adicionalmente, el diseño y la aplicación de jurisdicciones especiales de justicia transicional también han nutrido el desarrollo doctrinario e institucional necesario en procesos de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. Por este motivo, a medida que diversos niveles de la administración pública colombiana han sido escenarios de la operación de complejas y sofisticadas redes de macro-corrupción y cooptación institucional, se hace indispensable que esos desarrollos jurisprudenciales, doctrinarios e institucionales disponibles sean también adecuados para poder resarcir debidamente los daños causados. Por este motivo, aquí se han propuesto algunos conceptos y cálculos orientados a avanzar en esta tarea.

### **9.1. Diferenciar entre acciones que son obligación normal del Estado y las acciones estatales para reparar víctimas**

Sin pretender profundizar en los arreglos institucionales necesarios, es necesario llamar la atención en que la reparación integral no puede consistir en pagos depositados a las arcas del Estado para financiar la posterior prestación de servicios que por definición son su obligación regular bajo un Estado social de derecho, como el establecido en Colombia en la Constitución de 1991. Por ejemplo, la construcción de infraestructura planificada o requerida, o la prestación de servicios básicos de salud y educación, no pueden interpretarse como reparación al daño social causado por la corrupción, por ejemplo, en la medida en que corresponden a la esfera normal del estado de cosas sociales legalmente instituidas como obligación del Estado.

Así, dado que el Estado también ha sido afectado como resultado de la alteración de su funcionamiento, sería entonces necesario adelantar un proceso simultáneo en el que se aclare y reconozca al Estado como víctima y, por lo tanto, se le repare para regresar a su funcionamiento normal según lo instituido legalmente. Esto, con el propósito de evitar confundir las reparaciones específicamente orientadas a reparar los daños causados al legal funcionamiento instituido del Estado, con aquellos daños causados directamente a la sociedad en términos de las consecuencias económicas, políticas e institucionales de las que ha sido víctima por causa de diversas prácticas de corrupción.

En esta medida, cuando el Estado actúe como administrador de los recursos –no únicamente económicos sino también sociales– orientados a la reparación, deberá siempre garantizarse el uso e inversión de dichos recursos en acciones de reparación integral a la sociedad, lo cual incluye las reparaciones pecuniarias a las comunidades afectadas, así como, por ejemplo, el fortalecimiento de la sociedad civil organizada para entender, combatir y prevenir prácticas de corrupción; esto, preferiblemente, en el marco de una justicia anamnética que privilegie la reconstrucción de la memoria como condición para proferir decisiones integrales de sanción y reparación en los ámbitos judicial, disciplinario, fiscal y social.

## **9.2. Énfasis inicial en la contratación pública y el soborno**

En este primer avance la atención del cálculo se centró en prácticas de corrupción resultantes de la cooptación o manipulación en la adjudicación de contratos, como resultado de la alteración de los procedimientos de adjudicación objetiva, o incluso cumpliendo formalmente dichos procedimientos en la adjudicación de contratos con baja o nula pertinencia económica y social, siendo ambas situaciones propiciadas por el pago de sobornos. La atención metodológica sobre estas prácticas obedece a los elevados montos afectados como resultado de cuantiosos sobre-costos y correspondientes extraganancias injustificadas, así como elevados sobornos pagados. Situaciones que han sido identificados no sólo en Colombia sino en América Latina y otras regiones como resultado de recientes investigaciones que han revelado extensas y complejas redes transnacionales de macro-corrupción y cooptación institucional. En

esta medida, es clara la urgencia de contar con mecanismos orientados no sólo a reparar los daños resultantes de estas prácticas, sino también a inhibir su repetición. Sin embargo, esto no implica de manera alguna que el presente avance conceptual y metodológico excluya, por ejemplo, la atención necesaria sobre corrupción en contratación municipal de baja cuantía, todavía más en la medida que frecuentemente obedece al fraccionamiento de contratos para facilitar una adjudicación directa sin mayores controles y requisitos exigentes.

De hecho, en 2015 la contratación directa, que debería ser una figura de aplicación excepcional, representaba el 74% de la contratación total ejecutada en las entidades nacionales de Colombia (Transparencia por Colombia, 2017). He ahí la necesidad de concentrar esfuerzos para identificar, evaluar y reparar los daños totales causados por la corrupción.

### **9.3. Sobre la necesidad de identificar, evaluar y reparar daños causados por procesos de Captura y Cooptación del Estado**

Finalmente, es importante recordar que la interferencia y manipulación de licitaciones públicas por medio del soborno no son las únicas ni las más perjudiciales prácticas de corrupción. Aunque dichas prácticas tienen, en principio, efectos pecuniarios y sociales evidentes, tal vez las más complejas estructuras de macro-corrupción conocidas han operado complementando o incluso reemplazando el soborno con prácticas de cooptación institucional (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018).

Atendiendo así a prácticas de corrupción más complejas y sofisticadas, no necesariamente mediadas por el soborno tradicional, en secciones previas se consideró el caso de la cooptación de políticas públicas y regulaciones para favorecer intereses particulares, por ejemplo, de una empresa o de un grupo de empresas. Específicamente, se diferenció el caso en que dicha cooptación es planificada, del caso en que la existencia de vacíos técnicos, legislativos o regulatorios es aprovechada por agentes con poder económico o político privilegiado en la estructura de mercado, sin necesidad de incurrir en conductas abiertamente ilícitas. Esta distinción se propone para resaltar la mayor responsabilidad de reparación por parte de los agentes con posición económica o política privilegiada, que planifican y ejecutan esquemas de cooptación orientada a asegurar extraganancias injustificadas. Sin embargo, aunque estas situaciones fueron aquí planteadas y discutidas, no se desarrollan aún modelos de evaluación de daños por procesos de captura y cooptación institucional de la política regulatoria.

Es, por lo tanto, una tarea pendiente avanzar en evaluación de daños que resultan de procesos de captura o cooptación institucional sistémica en el diseño e implantación de políticas públicas y regulaciones discriminatorias y parcializadas a favor de unos intereses particulares poderosos, que no responden a criterios equi-probabilísticos e

imparciales, sino que son adoptadas para favorecer injustificadamente poderosos y excluyentes intereses particulares y en detrimento de intereses colectivos en una perspectiva perdurable (Garay Salamanca L. J., 2014).

#### **9.4. Consideración de daños a entidades del Estado que potencialmente se convierten en daños sociales y requieren reparación extrapatrimonial**

Como se ha discutido, la contratación pública de empresas o entidades públicas es el proceso estatal más común en el que se configuran escenarios de corrupción de gran escala mediante la realización de acuerdos de índole institucional y política y el pago de sobornos que usualmente corresponden a un porcentaje del valor total del contrato cuyo proceso de licitación se coopta.

Recientemente se han reproducido diversas modalidades con la participación de diversos agentes aparte de empresarios y funcionarios públicos directamente responsables de la contratación pública, por ejemplo, como políticos, terceros que actúan entre la legalidad y la ilegalidad –denominados agentes grises u opacos– y funcionarios públicos en las ramas legislativa, ejecutiva o judicial, que aún sin poder de decisión directa sobre los procesos de contratación, influyen en dinámicas institucionales como desarrollo de acuerdos de carácter político, económico y social, al punto de afectar decisiones relacionadas con la contratación pública. En Brasil, por ejemplo, acuerdos relacionados no solamente con el Partido de los Trabajadores – partido en el gobierno durante el proceso de macro-corrupción y cooptación institucional en empresas estatales como Petrobras y Eletrobras– sino con más de 20 partidos y movimientos políticos, afectaron directamente el favorecimiento de los procesos de contratación de estas entidades estatales con un cartel de 12 empresas contratistas integrado por las principales empresas constructoras y de infraestructura en Brasil (Garay Salamanca, Salcedo-Albarán, & Macías, 2018), que incluso crearon un complejo entramado de empresas “de fachada” y offshore en una variedad de países para la canalización de sobornos y blanqueo de capitales.

En este contexto, durante la aplicación de la presente metodología a un caso concreto, como se verá en el capítulo subsiguiente, se desarrollaron fórmulas específicas para calcular los daños patrimoniales causados a empresas estatales o semi-estatales por prácticas de corrupción en sus procesos de contratación. Dichas fórmulas pueden ser aplicadas en el marco de un proceso disciplinario, fiscal o judicial/penal en Colombia, según la distribución de competencias institucionales para la reparación integral de daños.

Vale la pena señalar que, al menos en principio, podría pensarse que identificar y reparar los daños patrimoniales causados a una entidad del Estado, como resultado de la manipulación de licitaciones, de la incorrecta adjudicación de contratos y de

posteriores sobre-costos asumidos por la entidad, no implican ni constituyen una reparación integral de todos los daños causados por la corrupción –patrimoniales y extra-patrimoniales, incluidos los denominados sociales–. En efecto, las negativas consecuencias financieras – por ejemplo, en cuanto al encarecimiento y la escasez de financiamiento, la pérdida de good will y valor patrimonial– que puede enfrentar la empresa estatal no deberían ser asumidas por la sociedad en conjunto, sino reparadas por los agentes corruptores con cargo a sus patrimonios. Si ello no resultare posible, acudiendo al principio de responsabilidad en última instancia, los daños deberían ser subsanadas con créditos, liquidación de activos u otras medidas de rescate financiero a dichas empresas estatales o semi-estatales sin que implique, de manera alguna, una relativa socialización de pérdidas. Dado su carácter estatal –o aún semi-estatal–, se corre el riesgo que los daños de la corrupción sean asumidos por la sociedad en conjunto mediante tributos, encarecimiento y pérdida de calidad de los bienes y servicios provistos por las empresas afectadas, etc.

He ahí la necesidad de garantizar una adecuada y oportuna reparación integral de los daños patrimoniales –daño emergente y lucro cesante– y extrapatrimoniales causados a la empresa estatal afectada por la corrupción a cargo de la extinción de dominio de activos y patrimonios de los agentes corruptores, de los agentes beneficiarios directa – como funcionarios públicos que reciben sobornos– e indirectamente.

Ahora bien, la empresa estatal afectada replica daños individuales y colectivos a su población usuaria o beneficiaria de los bienes y servicios provistos por su eventual encarecimiento o su pérdida de calidad y oportunidad en la prestación de los mismos. Por ello, la empresa estatal afectada debe asumir la reparación de estos daños a su población usuaria con cargo preferentemente a la reparación recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción. Es decir, una proporción de la reparación integral recibida por la empresa afectada debe replicar de parte de la misma empresa estatal afectada hacia su población usuaria por concepto de daños individuales y colectivos.

Con base en lo anterior, se prevén potenciales niveles de gravedad de daños individuales y colectivos emanados de la indebida cooptación de la contratación en empresas estatales o semi-estatales que proveen bienes o servicios a individuos y colectivos específicos:

(i) Por una parte, los potenciales daños individuales o colectivos originados directamente por las fallas en la prestación de servicios públicos. Daños que pueden variar desde (a) una gravedad relativamente leve en términos de retrasos en el cumplimiento de una obra de infraestructura o baja calidad en la prestación de servicios públicos y de seguridad social, (b) a una gravedad relativamente media en términos de mayores daños pecuniarios por el incumplimiento de obras de infraestructura o de

prestación de servicios públicos y de seguridad social, hasta (c) una gravedad relativamente alta por falencias resultantes de cualquiera de estas dos situaciones.

(ii) Adicionalmente, los daños patrimoniales causados a una empresa estatal o semi-estatal posiblemente se reflejarán en daños colectivos y sociales en el mediano y largo plazo como resultado de: (a) la pérdida patrimonial –con la caída del valor de sus acciones en mercado de capitales– y del valor de la marca (good will) de la empresa estatal, y/o (b) efectos macroeconómicos aún más graves, como el encarecimiento de la deuda pública con la disminución de la calificación de riesgo país, en la medida que por el tamaño de la empresa estatal afectada, su pérdida patrimonial afecte directamente las cuentas macroeconómicas –como el caso de Petrobras en la economía brasileña–. En este caso, los daños son de alcance social porque serían asumidos por la sociedad en general; es decir, por todos los ciudadanos.

Así, tanto los daños individuales y colectivos definidos como medios y graves, asumidos por una población o colectivo usuario o beneficiario determinado, como los daños sociales asumidos por los ciudadanos en conjunto, requerirán valoraciones extrapatrimoniales en los que se evalúen las características de los daños a través del tiempo, de los agentes o colectivos perjudicados, de los agentes corruptores y beneficiarios involucrados, de la importancia relativa de las empresas estatales y de la prestación de bienes y servicios afectados. Esta valoración extrapatrimonial deberá considerar los efectos permanentes –actualizados y proyectados–.

### **9.5. Cálculo y reparación del daño extrapatrimonial**

Para el caso de los daños causados a la sociedad en conjunto, el cálculo y reparación del daño extra-patrimonial requerirá valoraciones de los efectos permanentes que se traducen en el consecuente nivel sub-óptimo de la tasa de retorno social en comparación con el que se habría obtenido si el caso de corrupción no hubiera sucedido. Específicamente, se puede calcular un aproximado daño social definido como la diferencia entre la tasa de retorno social óptima esperada –expresada, por ejemplo, en potencial aumento del PIB o de la renta media de la sociedad en conjunto– y la tasa de retorno social sub-óptima actual, a la que se llegó como resultado de la corrupción. Esta diferencia podría también ajustarse con indicadores sectoriales específicos de retorno social esperado –según, por ejemplo, estándares internacionales–, para identificar los daños macroeconómicos y macrosociales derivados de actos de corrupción en contra de empresas estatales o semi-estatales en sectores prioritarios como salud, educación y saneamiento básico.

De manera general, es de prever que a medida que la corrupción en contra de una entidad estatal o semi-estatal deja de ser casual y esporádica para transformarse en sistémica y planeada, los daños patrimoniales y extrapatrimoniales no solamente

afectarán directamente a la respectiva entidad, sino también a los receptores o usuarios de los servicios o bienes provistos por la misma. Esto, con el agravante de que en la medida en que la entidad sea más importante en términos de su valor patrimonial y su significancia institucional a nivel macro en el país, ceteris paribus, tenderán a reproducirse daños permanentes y estructurales, con innegable impacto a nivel también macroeconómico y macrosocial.

De hecho, además de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales básicos posiblemente también se generarán otros importantes daños sociales como la pérdida de confianza pública y la erosión de la calidad institucional, cuya cuantificación práctica es difícil de realizar. Por esta razón, a diferencia de los daños patrimoniales básicos, se opta por calcular administrativamente los daños extrapatrimoniales de manera cualitativa, generalmente por rangos de penalización económica según la apreciación de la gravedad de los impactos macrosociales. Es decir, a diferencia de la parametrización de los daños patrimoniales, los daños extrapatrimoniales, especialmente de carácter social, no se pueden parametrizar cuantitativamente con un debido sustento analítico, sino más bien de manera cualitativa acorde con la apreciación cualitativa de la gravedad de los daños, y cuya tasación se realiza administrativamente por rangos de gravedad.

De esta manera, la reparación integral de los daños de la corrupción exige una estricta taxonomía de:

- (i) Los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados.
- (ii) Los agentes corruptores y beneficiarios con sus respectivos grados de responsabilidad y extra-rentas percibidas ilícitamente o aún con apariencia de legalidad, a quienes les obliga la reparación integral de los daños causados a la empresa estatal o semi-estatal afectada.
- (iii) Los individuos y colectivos directa o indirectamente perjudicados como usuarios o receptores de los bienes y servicios prestados por la empresa estatal o semi-estatal afectada por la corrupción, cuya reparación le corresponde, primero, a la empresa estatal afectada por la corrupción, con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.
- (iv) Los daños macroeconómicos y macrosociales, tanto patrimoniales como morales, reproducidos directa e indirectamente por los actos de corrupción, que han de ser sufragados por la empresa estatal afectada por la corrupción con cargo a la reparación integral recibida por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.

De no contarse con esta taxonomía, se corre el riesgo de generar, en el mejor de los casos, una grave impunidad social y moral encubierta por vía de indebidas reparaciones

o insuficiente identificación de responsables y beneficiarios de la corrupción, así como de los individuos, colectivos y ámbitos de la sociedad afectados por la misma. He ahí la necesidad de procederse secuencialmente así:

(i) Comenzar con la reparación integral tanto patrimonial como extrapatrimonial de la empresa estatal o semi-estatal afectada por la corrupción, a cargo de los agentes corruptores y aquellos otros que hayan sido beneficiados por las prácticas de corrupción.

(ii) Continuar con la reparación patrimonial de los individuos, colectivos y ámbitos de la sociedad en su calidad de usuarios o receptores de los bienes o servicios públicos provistos por la empresa estatal o semi-estatal afectada, y que por lo tanto fueron dañados bajo la responsabilidad de la empresa afectada –en su condición de réplica hacia sus individuos o colectivos usuarios o receptores afectados indirectamente– y con cargo a la reparación integral recibida por la empresa afectada por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.

(iii) Finalmente, avanzar hacia la reparación integral de los daños macrosociales y macroeconómicos, con cargo a la reparación integral recibida por la empresa afectada por parte de los agentes corruptores y beneficiarios de la corrupción.

## **10. Estudio de caso**

### **10.1 Introducción**

El objetivo de esta sección es aplicar la propuesta metodológica para calcular los daños causados por prácticas de corrupción, inicialmente presentada en Garay et al (2018a) (Garay Salamanca, Salcedo-Albaran, & Macías Fernández, 2018f). Como se verá, dicho cálculo requiere insumos de información que describen, principalmente, la pertinencia, los montos y las condiciones financieras de los contratos en los que se dieron los hechos de corrupción, así como los sobornos pagados para manipular las licitaciones de dichos contratos. El cálculo, por lo tanto, implica: (i) la existencia de casos de corrupción sucedidos en procesos de contratación pública y mediados por el soborno y (ii) que los datos que sirven de insumo para el cálculo deben ser susceptibles de sustentación en el ámbito judicial –penal y civil–, disciplinario o fiscal.

Así, los datos aquí usados han sido extraídos de fuentes judiciales –específicamente acusaciones elaboradas por el Ministerio Público de Brasil, sentencias del sistema de justicia y resoluciones del Tribunal de Cuentas– que describen hechos probables en el proceso penal de uno de los casos de macro-corrupción de mayor escala acontecidos en el Hemisferio Occidental, a saber: “Lava Jato”. Como se discute en las siguientes subsecciones, aunque este caso de corrupción se originó en Brasil, fue seleccionado

para desarrollar el presente ejercicio por su relevancia en un elevado número de países en América Latina.

Este documento consta de cinco subsecciones. La primera es la presente introducción. La segunda presenta consideraciones preliminares acerca del cálculo, las cuales fueron señaladas en el párrafo anterior. La tercera describe los principales elementos del caso de macro-corrupción. La cuarta consiste en el cálculo de los daños que resultan de los hechos descritos. La quinta incluye algunas conclusiones.

## **10.2. Consideraciones preliminares acerca del cálculo propuesto**

Como el objetivo de identificar y calcular los daños causados por la corrupción con miras a propender por su reparación integral es una propuesta novedosa en Colombia, son necesarias dos consideraciones sobre este ejercicio conceptual y metodológico.

En primer lugar, es importante reconocer que en el cálculo aquí propuesto se hace énfasis en casos de corrupción por manipulación en procesos de licitación de contratación pública. Esto, sin embargo, no quiere decir que esta sea la única práctica de corrupción que produce daños individuales, colectivos y a la sociedad en general. De hecho, como se discute en Garay et al (2018a) y Garay et al (2018b), y como ha sido ampliamente documentado en Colombia, el país ha sido escenario de sofisticados procesos de captura y cooptación institucional desarrollados con prácticas que superan el pago de soborno tradicional (Garay Salamanca & Salcedo-Albarán, 2012; Garay-Salamanca, 2018; Garay-Salamanca & Salcedo-Albarán, 2012; López, 2010), con efectos individuales, colectivos y sociales que en ciertos casos incluso han sido reconocidos como violaciones sistemáticas de derechos humanos y victimización (Garay-Salamanca, Vargas, & Salgado, 2016). No obstante, para avanzar en el análisis sobre la reparación de daños causados por actos de corrupción, como parte de una política pública integral que prevenga y sancione efectivamente este fenómeno, el desarrollo metodológico aquí propuesto se concentra en la práctica de corrupción más común y con efectos económicos inmediatos: la manipulación de licitaciones públicas mediante el pago de sobornos.

También es importante señalar que esta propuesta de cálculo para reparación formaría parte integral de la investigación, juzgamiento y sanción de la corrupción, lo cual quiere decir que dicho cálculo es un componente a ser incorporado en el contexto de procesos penales o civiles en jurisdicciones ordinarias o extraordinarias de justicia transicional, en procesos de investigación y sanción disciplinaria adelantados por la Procuraduría General de la Nación, o en procesos de investigación y sanción fiscal adelantados por la Contraloría General de la República.

Es decir, cálculos como los que aquí se ejemplifican deben nutrirse de datos que o bien hayan sido probados y reconocidos como verdad judicial en tribunales, o bien que al

menos sean defendibles y sustentables por las entidades investigadores o acusadoras según sea el caso, es decir, por fiscales en el marco de procesos judiciales de carácter civil o penal, por procuradores en el marco de procesos de sanción disciplinaria, o por contralores en el marco de procesos fiscales.

La presente propuesta metodológica también puede ser aplicada por organizaciones de la sociedad civil para valorar económicamente las reparaciones potenciales que resultan de prácticas de corrupción, siempre que dichas valoraciones estén calculadas a partir de datos sustentados en (i) la verdad judicial probada en tribunales, o (ii) la potencial verdad judicial defendible y sustentable por fiscales, procuradores, o contralores.

En este sentido, se busca que la presente propuesta sirva de instrumento a las entidades específicamente diseñadas para investigar, juzgar y sancionar la corrupción para que en el ámbito de su competencia penal, disciplinaria/administrativa o fiscal, calculen con las fuentes resultantes de sus procedimientos de investigación e inteligencia, los potenciales daños y reparaciones que sean del caso. Igualmente, pretende ser de utilidad para la capacitación práctica de otras organizaciones como de la sociedad civil interesadas en prevenir y denunciar la corrupción.

### **10.3. Contexto del caso**

El caso de macro-corrupción conocido como “Lava Jato”, en referencia a su primera etapa judicial, se originó en Brasil con la cooptación indebida de procesos de contratación, inicialmente acontecidos en la entidad petrolera para-estatal de Brasil, Petrobras, y en la para-estatal encargada de energía nuclear, Eletrobras. Sin embargo, al involucrar a reconocidos agentes sociales y grandes empresas con amplio poder económico y político en Brasil, la investigación inicial se amplió, y hasta mediados de 2018 contaba con más de 50 fases.

Así, con el desarrollo de las posteriores etapas de investigación, se ha revelado cómo, a pesar de haberse originado en Brasil, la red de macro-corrupción operó pagando millonarios sobornos a funcionarios públicos de alto nivel o efectuando millonarias donaciones a campañas presidenciales en 12 países de América Latina. En esta medida, el conjunto de operaciones judiciales adelantadas en Brasil ha revelado una red conformada por cientos de empresarios, empresas, funcionarios públicos, líderes políticos y operadores financieros –doleiros–, que establecieron la operación más compleja y extensa de lavado de dinero asociado a corrupción que se conozca (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, Macías, & Santos, 2018c).

Adicionalmente, las investigaciones originadas y adelantadas en Brasil, especialmente los acuerdos de colaboración premiada establecidos entre el Ministerio Público de Brasil y acusados, han servido de insumo para la apertura de investigaciones a lo largo

de América Latina en contra de la compañía brasilera Odebrecht, miembro de “El Club” de empresarios que desarrollaron el esquema de macro-corrupción conocido como “Lava Jato”. Sin embargo, a pesar de que se han desarrollado las investigaciones en cada país, y que se han celebrado acuerdos adicionales de colaboración premiada para ampliar la información, la información producida por los sistemas judiciales domésticos ha estado sujeta a prácticas opacas y de confidencialidad, y por lo tanto, a escasa divulgación. Precisamente por este motivo, los datos usados en la siguiente subsección son extraídos de documentos oficiales del sistema de justicia de Brasil, incluidos Ministerio Público con sede en Curitiba, tribunales y Tribunal de Cuentas, a la espera de que la información acerca de procesos de macro-corrupción acontecidos en Colombia sean divulgadas en el futuro próximo.

#### **10.4. Cálculo de daños**

Específicamente, para el ejercicio de cuantificación de daños expuesto a continuación, se extrajeron datos de uno de los procesos que integran los 67 principales de la operación “Lava Jato” en Brasil. En este proceso, radicado en el Tribunal Regional Federal con sede en Curitiba y bajo el auspicio del Juez Sergio Fernando Moro, se condenó a Adarico Negromente Filho, Alberto Youssef, Dalton Dos Santos Avancini, Eduardo Hermelino Leite, Jayme Alves de Oliveira Filho, Marcio Andrade Bonilho, Paulo Roberto Costa y Waldomiro de Oliveira, por los delitos de ocultación de bienes provenientes de actos de corrupción y crímenes practicados por particulares en contra de la administración pública.

En el proceso se identificó la adjudicación ilícita de un contrato entre la entidad paraestatal Petrobras y el Consorcio Constructora Nacional Camargo Correa, identificado con el número de contrato UCR-0800.0053457.09.2, celebrado para construir una unidad de coquización retardada en la refinería Abreu-Lima. Antes, durante y luego de la licitación, fueron identificadas anomalías que permitieron al consorcio ganar la licitación y establecer aditivos al contrato, que generaron un sobreprecio adicional injustificado y que ampliaron el tiempo de ejecución de obra. Lo anterior se logró mediante un esquema de cartelización de un grupo de las principales empresas constructoras del Brasil al que se le denominó “El Club”, que participaba en las licitaciones de obras de infraestructura para Petrobras y obtenía contratos al pagar cerca del 3% del valor total de cada contrato (Garay-Salamanca, Salcedo-Albarán, Macías, & Santos, 2018c; Salcedo-Albaran, Garay, Macias, & Santos, 2018). Ese porcentaje era dividido de la siguiente forma: 1% del valor total del contrato para el director de Abastecimiento, Paulo Roberto de Costa; 1% del valor total del contrato para el Partido de los Trabajadores, que era el partido que mantenía al director de Abastecimiento en su cargo, y 1% del valor total del contrato para el director de

Servicios, Renato Duque, quien junto al director de Abastecimiento, permitía la adjudicación del contrato y realizaba la supervisión de la correspondiente obra.

De esta manera, en su análisis financiero, el Ministerio Público Federal de Curitiba corroboró que en el contrato 0800.0053457.09.2 se pagó la suma de US\$ 28,854,853.05 (R\$ 115,745,490.38) por concepto de sobornos para adjudicar el contrato. Para llevar a cabo el lavado de dichos activos, se utilizaron las empresas Costa Global y Distribuidora Equador de Produtos de Petroleo, a través de las cuales se trasladaron los activos a cuentas en el extranjero pertenecientes a los directores de Petrobras.

Antes de presentar los cálculos de daño emergente, lucro cesante y enriquecimiento ilícito, se procede a enlistar los datos básicos que caracterizan la situación objeto de evaluación: (i) el valor del contrato habría sido sufragado en 2009; (ii) la fecha de actualización sería finales de 2018, la cual correspondería también a la fecha en la que se procedería a la confiscación de patrimonios de los agentes corruptores, acorde con su grado de responsabilidad y participación en el valor total de los daños infligidos a la empresa estatal contratante, así como en el valor total de los sobornos recibidos en el proceso de contratación; (iii) la actualización del valor nominal de daños y enriquecimiento ilícito se realiza con la tasa anual de inflación de la economía brasilera; (iv) el costo de oportunidad infligido a la empresa contratante por el daño emergente se calcula con base en la tasa anual interbancaria de la economía brasilera, razón por la cual el cálculo sería conservador –en el margen inferior–.

### 10.5. Daño emergente y su reparación

*(Fórmula 1) Valor actual Daño Emergente = (Ca - Cb) \* Factor de ajuste con tasa de inflación*

*(Fórmula 1) Valor actual Daño Emergente = (Cb-Ca)\* $\prod_{(n=t0)}^{t1} \frac{1}{(1+Ti)_n}$*

*Siendo:*

*Cb: Costo bruto del Contrato, incluyendo los aditivos.*

*Ca: Costo Actuarial.*

*Ti<sub>n</sub>: Tasa anual inflación registrada en la economía brasilera en el año n.*

*t0: Periodo inicial del año según el caso específico (año en que ocurrió el hecho).*

*t1: Periodo final del año según el caso específico (año en que se realiza el cálculo).*

Mediante esta fórmula de valor actual se logra determinar el daño emergente actualizado a la fecha del cálculo (2018).

Con la diferencia (Cb-Ca) se obtiene el valor nominal del daño emergente del caso analizado, el cual deberá ser luego actualizado a valor presente con un factor de ajuste sustentado en el índice de inflación de la economía desde 2009 hasta 2018; en este caso se usó el índice de inflación registrado e informado por la agencia de estadísticas de Brasil. Del resultado de la operación anterior se obtiene el valor actual del daño emergente originado por el acto de corrupción en perjuicio del patrimonio del ente público. En este sentido, los valores extraídos del proceso 5083258-29.2014.4.04.7000, desarrollado en el marco de la operación, son los siguientes:

Cb = Valor de Contrato = Valor del contrato número 0800.0053457.09.2 referente a la “Unidade de Conqueamento Retardado (UCR)” firmado entre Consorcio CNCC, formado por las empresas Construções e Comercio Camargo Correa S.A. y CNEC Worleyparson Engenharia S.A., y Petrobras en 2009, ejecutado por la cantidad de R\$ 3,858,183,012.52

Ca = Valor Actuarial = El valor establecido por la “Association for the Advancement of Cost Engineering” a petición de la entidad paraestatal Petrobras, el cual establece el valor límite estimado a pagar por la paraestatal: R\$ 3,446,149,572.61, siendo este el valor límite superior del contrato.

Índices de inflación Brasil para el periodo 2009 - 2018 = 2009 (4.88%), 2010 (5.03%), 2011 (6.63%), 2012 (5.40%), 2013 (6.20%), 2014 (6.33%), 2015 (9.02%), 2016 (8.73%), 2017 (3.46%) y 2018 (3.38%).

Con base en dichos valores, primero se calcula el valor nominal del Daño Emergente:

(Fórmula 1.1) Valor nominal Daño Emergente = Cb – Ca

(Fórmula 1.1) Valor nominal Daño Emergente = R\$ 3,858,183,012.52 – R\$ 3,451,283,259.34 =

R\$ 407,899,653.18

Posteriormente, se calcula el factor de ajuste.

(Fórmula 1.2) Factor de ajuste =  $\prod_{(n=2009)}^{t=2018} [(1 + i_{Ti})^{-n}] =$

$(1+0.0488)(1+0.0503)(1+0.0663)(1+0.0540)(1+0.0620)(1+0.0633)(1+0.0902)(1+0.0873)(1+0.0346)(1+0.0338) =$

1.7731

Finalmente, se multiplica el valor nominal del daño emergente por el factor de ajuste.

(Fórmula 1) Valor actual Daño Emergente = (Fórmula 1.1) \* (Fórmula 1.2)

(Fórmula 1) Valor actual Daño Emergente = 407,899,653.18 \* 1.7731 = R\$ 723,246,875.05

Adicionalmente, con el factor de ajuste, se puede calcular el valor actual del contrato (al año 2018):

Valor actual Contrato = 3,858,183,012.00 X 1.7731 = R\$ 6,840,944,298.57

#### 10.6. Lucro cesante y su reparación

(Fórmula 2) Lucro cesante consolidado = Daño emergente nominal\*Factor de ajuste por la tasa de inflación\* Factor de ajuste por tasa interbancaria

(Fórmula 2) Lucro cesante consolidado = (Fórmula 1.1)\*Factor de ajuste por la tasa de inflación\* Factor de ajuste por tasa interbancaria

(Fórmula 2) Lucro Cesante consolidado =  $[(Cb-Ca)*\prod_{n=t_0}^{t_1} \frac{1}{(1+Ti)_n}] * \prod_{n=t_0}^{t_1} \frac{1}{(1+(Tibe)_n)}$

Siendo:

Cb: Costo bruto del Contrato, incluyendo los aditivos.

Ca: Costo Actuarial.

Ti: Tasa anual de interés interbancario de equilibrio o su equivalente.

$Ti_n$ : Tasa anual inflación observada en la economía brasilera en el año n.

$(Tibe)_n$ : Tasa anual interbancaria promedio de la economía brasilera en el año n.

t0: Periodo inicial del año según el caso específico.

t1: Periodo final del año según el caso específico.

Mediante esta fórmula se calcula el lucro cesante consolidado desde la fecha de la ocurrencia del hecho de corrupción (2009) hasta el año actual (2018), lo cual equivale a multiplicar la diferencia del valor total del contrato menos el valor actuarial del mismo ajustado al valor presente a través del índice de inflación y multiplicado por el promedio de la tasa de interbancaria de equilibrio de cada año. En este caso, se ha usado la tasa interbancaria como insumo del segundo factor de actualización, porque

corresponde a la menor tasa de rendimiento financiero posible en relación con el rendimiento económico alcanzable en el país.

En este sentido, utilizando los datos extraídos del proceso 5083258-29.2014.4.04.7000, correspondiente al macro-proceso “Lava Jato”, se tiene que:

Cb = Valor de Contrato = Valor del contrato número 0800.0053457.09.2 referente a la “Unidade de Conqueamento Retardado (UCR)” firmado entre Consorcio CNCC (formado por las empresas Construções e Comercio Camargo Correa S.A. y CNEC Worleyparson Engenharia S.A.) y Petrobras en 2009, ejecutado por la cantidad de R\$ 3,858,183,012.52.

Ca = Valor Actuarial = El valor establecido por la “Association for the Advancement of Cost Engineering” a petición de la entidad paraestatal Petrobras, el cual establece el valor límite estimado a pagar por la paraestatal. Este valor fue de R\$ 3,446,149,572.61 (siendo este el valor límite superior).

$\{Ti\}_n$  = Índices de inflación Brasil = 2009 (4.88%), 2010 (5.03%), 2011 (6.63%), 2012 (5.40%), 2013 (6.20%), 2014 (6.33%), 2015 (9.02%), 2016 (8.73%), 2017 (3.46%) y 2018 (3.38%)

$\{Tibe\}_n$  = Tasas de interés interbancario de equilibrio (Tasa SELIC) promedio por año = 2018 (6.65%), 2017 (9.74%), 2016 (14.05%), 2015 (13.52%), 2014 (10.93%), 2013 (8.27%), 2012 (8.36%), 2011 (11.69%), 2010 (9.93%), 2009 (9.71%)

$$\begin{aligned} \text{(Fórmula 1.2) Primer factor de ajuste} &= \prod_{n=2009}^{2018} [(1 + \{Ti\}_n)] \\ &= (1+0.0488)(1+0.0503)(1+0.0663)(1+0.0540)(1+0.0620)(1+0.0633)(1+0.0902)(1+0.0873)(1+0.0346)(1+0.0338) = \\ &1.7731 \end{aligned}$$

Con los factores calculados, puede entonces completarse el cálculo propuesto en la Fórmula 2:

(Fórmula 2) Lucro cesante consolidado = Daño emergente nominal \* Factor de ajuste por la tasa de inflación \* Factor de ajuste por tasa interbancaria

(Fórmula 2) Lucro cesante consolidado = (Fórmula 1.1) \* Factor de ajuste por la tasa de inflación \* Factor de ajuste por tasa interbancaria

$$\begin{aligned} \text{Lucro cesante consolidado} &= (\text{R\$ } 407,899,653.18 * 0.1029) [(1.8 - 1) / (0.1029 * 1,8)] = \\ &= (\text{R\$ } 407,899,653,18 * 0.1029) [4.32] = \text{R\$ } \\ &174,916,670.00 \end{aligned}$$

Lucro cesante actualizado = (R\$ 174,916,670.00 \* 1,7731) = R\$ 309,952,340.00

10.7. Enriquecimiento ilícito directo (valor de sobornos) y su contribución a la reparación

(Fórmula 3) Valor actual Enriquecimiento Ilícito = (Ei)\*Fórmula1.2

(Fórmula 3) Valor actual Enriquecimiento Ilícito = (Ei)\* $\prod_{n=t_0}^{t_1} \frac{1}{(1+Ti_n)}$

Siendo:

Ei: El valor total de los sobornos pagados.

$Ti_n$ : Tasa anual inflación observada en la economía brasilera en el año n.

$t_0$ : Periodo inicial del año según caso específico.

$t_1$ : Periodo final del año según caso específico.

Mediante esta fórmula se determina el valor actualizado y total de las ganancias obtenidas de manera ilegítima a través de actos de corrupción en perjuicio de una entidad pública.

En este sentido, utilizando los datos extraídos del proceso 5083258-29.2014.4.04.7000, correspondiente al macro-proceso “Lava Jato”, se tiene que:

Ei = El valor total de los sobornos pagados = La cantidad pagada por concepto de soborno tanto al partido político PMDB (1%) como a Paulo Roberto Costa, funcionario de Petrobras, quien permitió la adjudicación del contrato (2%) por una cantidad total de R\$ 115,745,490.38.

(Fórmula 3) Valor actual Enriquecimiento Ilícito =

R\$ 115,745,490.38 \* 1.7731 = R\$ 205,228,328.99

Ahora bien, si se hubiera reinvertido el enriquecimiento ilícito a la tasa de interés interbancario, el valor actual del mismo habría ascendido a:

R\$ 205,228,328.99 + R\$  $[(115,745,490 * 0,097)(1.7731 + 1.094 + 3.414)] =$

$$\text{R\$ } 205,228,329 + 11,227,310 * 6.2811 = \text{R\$ } 205,228,329 + 70,519,857 =$$

$$\text{R\$ } 275,748,186$$

### **10.8. Daño total**

(Fórmula 4) Valor actual Daño Total = Valor actual Daño Emergente + Lucro cesante consolidado

$$\text{(Fórmula 4) Valor actual Daño Total} = \text{R\$ } 723,246,875.05 + \text{R\$ } 309,952,340.00 = \text{R\$ } 1,033,128,374.00$$

Valor actual Daño Total/ Valor actual del Contrato =

$$\text{R\$ } 1,033,128,374.00 / \text{R\$ } 6,840,944,298.57 = 15.10\%$$

Este porcentaje corresponde a la proporción del valor del daño causado respecto al valor del contrato traídos a valor actual.

Valor actual Enriquecimiento Ilícito/ Valor actual del Contrato =

$$\text{R\$ } 205,228,328.99 / \text{R\$ } 6,840,944,298.57 = 3.00\%$$

Este porcentaje corresponde al valor actualizado de sobornos pagados con respecto al valor actualizado del contrato.

Ahora bien, si se hubiera reinvertido el enriquecimiento ilícito, dicha relación sería:

$$\text{R\$ } 275,748,186 / \text{R\$ } 6,840,944,298.57 = 4.03\%$$

### **11. Conclusiones**

La propuesta metodológica expuesta fue desarrollada y ejemplificada con los datos identificados en el marco de la operación “Lava Jato”, específicamente en el proceso 5083258-29.2014.4.04.7000, referente a un contrato para construcción de infraestructura firmado entre el Consorcio CNCC, formado por Construções e Comercio Camargo Correa S.A. y CNEC Worleyparson Engenharia S.A., y Petrobras en 2009, ejecutado por un valor de R\$ 3,858,183,012.52. Adicionalmente, el proceso judicial incluye datos identificados de los sobornos pagados al partido político PMDB (1%) y a Paulo Roberto Costa, funcionario de Petrobras, para garantizar la adjudicación del contrato analizado. Según las fuentes, la cantidad total de sobornos pagados ascendió a R\$ 115,745,490.38.

A partir de estos datos, se calcularon los valores actuales del (i) daño emergente, descrito en la Fórmula 1, (ii) el lucro cesante, descrito en la Fórmula 2, y (iii) el valor del enriquecimiento ilícito, también actualizado, descrito en la Fórmula 3. El primer daño se calculó a partir de la diferencia entre el costo bruto del contrato, incluyendo los aditivos, y el costo actuarial; fue actualizado luego con un factor de ajuste sustentado en la tasa de inflación para Brasil entre 2009 y 2018. El segundo daño, el lucro cesante, se calculó a partir del valor del daño emergente previamente actualizado, ajustado por un segundo factor sustentado en la tasa de interés interbancaria de Brasil entre 2009 y 2018. Es decir, el lucro cesante expresa el valor que se podría haberse acumulado dado el rendimiento financiero mínimo que se habría obtenido si los montos se hubieran invertido con un rendimiento bajo, por ejemplo, en bonos del Estado. Adicionalmente, con información detallada de las prácticas de inversión y rendimientos financieros de la empresa afectada por el pago de sobornos –Petrobras, en este caso–, la tasa incorporada al factor de ajuste aumentaría y, por lo tanto, el lucro cesante a reparar sería mayor. Finalmente, se calculó el enriquecimiento ilícito, consistente en los pagos de soborno también actualizados con la tasa de inflación entre 2009 y 2018.

Con este ejercicio, se obtienen los montos potenciales de reparación, calculados a partir de datos macroeconómicos oficiales de la economía de Brasil. Estos montos, por lo tanto, deberían ser pagados por las empresas que pagaron los sobornos y por las personas jurídicas y naturales que recibieron dichos sobornos, en proporciones definidas por un juez, pero siempre garantizándose en conjunto que el monto de las reparaciones se corresponda con el daño total. A su vez, la valoración de las proporciones asignadas por el juez deben reflejar y ser proporcionales al grado de responsabilidad identificado en el esquema de corrupción.

De la evaluación de daños y del enriquecimiento ilícito se puede concluir que la empresa estatal contratante Petrobras habría sufrido potencialmente daños a causa de la corrupción y cooptación en el proceso de contratación por un equivalente al 15.10% del valor actual del contrato –dado que la relación entre el valor actual del Daño Total y el valor actual del Contrato ascendería a un 15.10%– y que el enriquecimiento ilícito actualizado y su beneficio de oportunidad equivaldría hasta un 4.03% del valor actual del Contrato. Esta evaluación implica que se ha de proceder a la confiscación y extinción de dominio de patrimonios no solo de los funcionarios e intermediarios que habrían recibido sobornos por un valor equivalente al 3% del valor actual del Contrato, sino obligatoriamente y de manera inaplazable de las empresas contratistas y sus dueños – y en última instancia de sus directivos responsables– por un monto mínimo de 11.07% del valor actual del Contrato –según lo recuperado efectivamente por concepto de enriquecimiento ilícito actualizado–.

Por lo tanto, este ejemplo ilustra con propiedad la importancia decisiva de contar con normatividad y jurisprudencia eficaces para la oportuna extinción de patrimonio de empresas contratistas y personas naturales que actúan como dueños y directivos de empresas, funcionarios públicos, líderes políticos, entre otros. Se requiere esta normatividad para lograr el propósito central de reparar integralmente los daños causados por las prácticas de corrupción.

En este sentido, como unas lecciones derivadas del caso “Lava Jato” para el caso colombiano son de resaltar, por una parte, que ante la ineficacia del mecanismo de la extinción de dominio comprobada en el país durante su vigencia, es clara la urgencia de revisar y reformar la jurisprudencia y la doctrina actual, a la luz de los inconvenientes y logros alcanzados en otros países. Esto, para garantizar su idoneidad y efectividad práctica en el contexto colombiano.

Por otra, que requisito esencial para proceder a la reparación integral de daños en el caso de la contratación pública es el de calcular de manera oportuna y rigurosa el valor actuarial del contrato. Esta tarea, que en el caso de Colombia debería estar a cargo de la Contraloría General de la República ha de seguir una metodología contrastable que facilite la verificación por parte de todas las entidades involucradas en la prevención, investigación y juzgamiento de delitos de corrupción.

En el caso de procesos de corrupción distintos a los sucedidos en la contratación pública, como el de captura básica del Estado en el campo de política pública y regulatoria, por ejemplo, la evaluación de daños ha de contar con el concurso en buena medida de entes regulatorios responsables de velar por la observancia de las normas de competencia en el mercado y de penalizar la violación de las mismas por prácticas de cartelización. En estos casos, es entonces indispensable la intervención de entes como la Superintendencia de Industria y Comercio.

**12. Bibliografía utilizada para el documento sobre conceptualización de daños causados por la corrupción y propuesta de metodología de evaluación**

A.G., P. L. (2013). *Emerging Trends in Asset Recovery*. Germany.

Aidt, T. (2009). Corruption, Institutions, and Economic Development. *Oxford Review of Economic Policy* , 25 (2), 271-291.

Alemu, A. M. (2012). Effects of Corruption on FDI Inflow in Asian Economies. *Seoul Journal of Economics* , 25 (4), 387-412.

Anderson, C. J., & Tverdova, Y. V. (2003). Corruption, Political Allegiances, and Attitudes Toward Government in Contemporary Democracies. *American Journal of Political Science* , 47 (1), 91-109.

Bhargava, V., & Bolongaita, E. (2004). *Challenging Corruption in Asia: Case Studies and a Framework for Action*. World Bank. Washington, D.C.: World Bank.

BUERES, A. J. (s.f.). El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general. *Revista de Derecho Privado y Comunitario NO.1* , 241-242.

Chetwynd, E., Chetwynd, F., & Spector, B. (2003). *Corruption and Poverty: A Review of Recent Literature*. London: Management Systems International.

Chêne, M., Clench, B., & Fagan, C. (2010). *Corruption and Gender in Service Delivery: The Unequal Impacts*. Berlín: Transparency International.

Cho, W., & Kirwin, M. A. (2007). *Vicious Circle of Corruption and Mistrust in Institutions in Sub-Saharan Africa: A Micro-Level Analysis*. Afrobarometer Working Paper.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. (2011). *Reconocer y resarcir debidamente los daños y perjuicios. El Reto ante la Tragedia Humanitaria del Desplazamiento Forzado*. Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado - Codhes.

Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, UN Doc. A/RES/58/4 (UNODC 21 de Noviembre de 2003).

Convenio Civil sobre la Corrupción, No. 174 (Consejo de Europa 4 de Noviembre de 1999).

Deininger, K., & Mpuga, P. (2005). Does Greater Accountability Improve the Quality of Public Service Delivery? Evidence from Uganda. *World Development* , 33 (1), 222-239.

Department of International Development. (2015). Why corruption matters: understanding causes, effects and how to address them. Department of International Development & UKAid. London: Department of International Development & UKAid.

Feinberg, J. (1987). Harm to Others: The Moral Limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press.

Filho, S. C. (2005). Programa da Responsabilidade Civil. Sao Paulo: Malheiro Editores.

Garay-Salamanca, L. J. (2018). Una génesis de la ilegalidad: Corrupción, Captura del Estado, Cooptación institucional y Macro-corrupción. Bogotá: Fundación Vortex.

Garay Salamanca, L. J. (2014). Una reflexión en torno a faltas u omisiones Estado-corporativas causantes de daño social desde la perspectiva de una nueva epistemología de la criminología. A propósito de la búsqueda de una justicia socio-ecológica transnacional. En L. J. Garay Salamanca, Minería en Colombia: Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto (págs. 15-38). Bogotá: Contraloría General de la República.

Garay Salamanca, L. J., Salcedo-Albarán, E., & Macías, G. (2018). Macro-Corrupción and Institutional Co-optation: The "Lava Jato" Criminal Network. Bogotá, Colombia: Fundación Vortex.

Garay-Salamanca, L. J., Vargas, F., & Salgado, C. (2016). Daño, verdad, reparación colectiva y construcción de paz en Colombia. Bogotá: CODHES.

Garay-Salamanca, L. J., & Salcedo-Albarán, E. (2012). Institutional impact of criminal networks in Colombia and Mexico. *Crime, Law and Social Change*, 57 (2), 177-194

Garay-Salamanca, L., Salcedo-Albarán, E., & Beltrán, I. (2011). Illicit Networks Reconfiguring States: Social Network Analysis of Colombian and Mexican Cases. Bogotá: Método.

Garay-Salamanca, L., Salcedo-Albarán, E., & Beltrán, I. (2010). Redes de poder en Casanare y la Costa Atlántica. En C. López, Y Refundaron la Patria: De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el estado colombiano (págs. 251 - 302). Bogotá: Random House Mondadori.

Garay-Salamanca, L., Salcedo-Albarán, E., De León, I., & Guerrero, B. (2008). La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia. Bogotá: Método, Fundación Avina y Transparencia por Colombia.

Gomes Pereira, P., Roth, A., & Attisso, K. (2011). A stronger role for non-state actors in the asset recovery process. En D. (. Gomes Pereira. P. & Thelesklaf, Non-State Actors in Asset Recovery (págs. 1-16). Bern: Peter Lang AG, International Academic Publishers.

Greenber, T., Samuel, L., Grant, W., & Gray, L. (2009). Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena. Washington, D.C.: World Bank.

Guanziroli, J. E. (2006). REFLEXIONES SOBRE LA POSIBILIDAD DE INTRODUCIR LA FIGURA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN EL DERECHO AMBIENTAL ARGENTINO. Andalucía: Centro Informático Científico de Anadalucia.

Gupta, S., & Holmquist, F. (2012). Reform and Political Impunity in Kenya: Transparency without Accountability. *African Studies Review* , 55 (1), 53-74.

Gupta, S., Davoodi, H., & Alonso-Terme, R. (1998). Does Corruption Affect Income Inequality and Poverty? Washington, D.C.: International Monetary Fund.

Gutiérrez, E. (10 de Apr. de 2007). Revista Semana. Recuperado el 30 de July de 2018, de Guía práctica para entender el escándalo de la ‘para-política’: <https://www.semana.com/on-line/articulo/guia-practica-para-entender-escandalo-para-politica/84455-3>

Hellman, J., & Kaufmann, J. D. (Sept. de 2001). La Captura del Estado en las economías de Transición. *Finanzas & Desarrollo* , 31-35.

Hellman, J., & Kaufmann, D. (2000). Intervention, Corruption and Capture: The Nexus Between Enterprises and the State. European Bank for Reconstruction and Development. European Bank for Reconstruction and Development.

Hellman, J., Jones, G., & Kaufmann, D. (2000). Seize the Day: State Capture, Corruption and Influence in Transition. World Bank. Washington, D.C.: World Bank.

International Center for Transitional Justice. (2009). El informe de Rabat: El concepto y los desafíos de las reparaciones colectivas. International Center for Transitional Justice. International Center for Transitional Justice.

Iturraspe, J. M. (1980). Estudios sobre responsabilidad por daños Volumen 1. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Kramer, R. C., & Michalowski, R. J. (1993). The Original Formulation. En R. J. Michalowski, & R. C. Kramer, *State-corporate crime: Wrongdoing at the Intersection of Business and Government*. London: Rutgers University Press.

Lavallee, E., Razafindrakoto, M., & Roubaud, F. (2008). Corruption and Trust in Political Institutions in Sub-Saharan Africa. Paris: IRD - DIAL.

Lorenzetti, R. L. (Oct. - Dec. de 2002). 10 anos da Eco-92: o direito e o desenvolvimentosustentável – Teoriageral do dano ambiental moral. *Revista de Direito Ambiental: 6 Congresso Internacional de Direito Ambiental* (28) .

López, C. (. (2010). Y Refundaron la Patria: De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado Colombiano. 2010: Debate.

Mendoza, Y. V. (2011). En torno a la responsabilidad civil y el derecho de daños (La reparación del daño a la persona). U-Saber , 129-157.

Mill, J. S. (1859). On Liberty. Batoche Books Kitchener.

Ministério Público Federal. (2015). Manual de Cálculos do MPF. Ministério Público Federal. Brasília: Ministério Público Federal.

Ndikumana, L. (2006). Corruption and Pro-Poor Growth Outcomes: Evidence and Lessons for African Countries. Amherst: University of Massachusetts.

Olaya, J., Attisso, K., & Roth, A. (06 de Dec. de 2010). Social Sciences Research Network. Recuperado el 29 de Jul. de 2018, de Repairing Social Damage Out of Corruption Cases: Opportunities and Challenges as Illustrated in the Alcatel Case in Costa Rica: <https://ssrn.com/abstract=1779834>

Peña, M. (2005). Daño, responsabilidad y reparación ambiental. Veracruz.

Peña, M. (2 de Feb. de 2012). Thomson Reuters. Recuperado el 28 de Jul. de 2018, de Daño moral colectivo de carácter ambiental: <http://thomsonreuterslatam.com/2012/02/dano-moral-colectivo-de-caracter-ambiental/>

Sala Constitucional de Costa Rica. (s.f.). Sentencia 8239-01 de la Sala Constitucional.

Salcedo-Albarán, E. (2018 de June de 2018). Stratfor. Recuperado el 208 de July de 2018, de Presidential Macro-corruption in Latin America: <https://www.stratfor.com/horizons/fellows/eduardo-salcedo-albaran/26062018-presidential-macro-corruption-latin-america>

Salcedo-Albaran, E., Zuleta, M. M., de Leon, I., & Rubio, M. (2008). Feelings, Brain and Prevention of Corruption. International Journal of Psychology Research , 3 (3), 173-190.

Sanchez, J. M. (1999). Responsabilidad Civil. San José: Ediciones Jurídicas Areté.

Sanz, A. (1998). El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Sentencia C-233/16, Sentencia C-233/16 (Corte Constitucional de la República de Colombia 2016).

Sentencia No. 341-2004, Sentencia No. 341-2004 (Tribunal Penal de Juicio del Segundo Circuito de San José 2004).

Sentencia No. 370-2009, Sentencia No. 370-2009 (Tribunal Penal de Hacienda del Segundo Circuito Judicial de San José 2009).

Transparencia por Colombia. (2017). Índice de Transparencia Nacional, resultados 2015 - 2016. Transparencia por Colombia. Bogotá: Transparencia por Colombia.

Ugur, M., & Dasgupta, N. (2011). Evidence on the economic growth impacts of corruption in low-income countries and beyond: a systematic review. London: EPPI-Centre, Social Science Research Unit, Institute of Education, University of London.

United Nations. (2011). Corrupción y daño social. United Nations. Marruecos: United Nations.

Varela, A. (2000). Das Obrigações em Geral. Coimbra: Almedina.

Vargas, V. P. (1994). Derecho Privado. San José: Litografía e Imprenta LIL.

Voto No. 103-1991, Voto No. 103-1991 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1991).

Voto No. 112-1992, Voto No. 112-1992 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia 15 de Junio de 1992).

Voto No. 14-1993, Voto No. 14-1993 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1993).

Voto No. 320-1990, Voto No. 320-1990 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1990).

Voto No. 365-1999, Voto No. 365-1999 (Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 1999).

Voto No. 61-2009-SVII, Voto No. 61-2009-SVII (Tribunal Contencioso Administrativo de Costa Rica 2009).

Voto No. 675-2007, Voto No. 675-2007 (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 2007).

Voto No. 8239-2001, Voto No. 8239-2001 (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 14 de Agosto de 2001).

Voto No. 910-2007, Voto No. 910-2007 (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica 31 de Agosto de 2007).

World Bank & United Nations. (2007). Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan. Washington D.C.: World Bank and United Nations.

Zannoni, E. R. (2008). El daño en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Astrea.

Zavascki, A. T. (2005). Da anticipação de tutela. Sao Paulo: Saraiva.

Zavascki, A. T. (2005). Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos. Rio Grande do Sul: Universidad Federal do Rio Grande do Sul.

### **13. Bibliografía utilizada para el estudio de caso**

Garay-Salamanca, L. J. (2018). Una génesis de la ilegalidad: Corrupción, Captura del Estado, Cooptación institucional y Macro-corrupción. Bogotá: Fundación Vortex.

Garay-Salamanca, L. J., Salcedo-Albarán, E., & Macías, G. (2018a). Macro-estructuras de corrupción: el caso lava jato. Rivista di Studi e Ricerche sulla criminalità organizzata , 4 (1), DOI: <https://doi.org/10.13130/cross-10250>.

Garay-Salamanca, L. J., Salcedo-Albarán, E., Macías, G., & Santos, D. (2018c). Lavado de Activos en la Red Criminal "Lava Jato". Vortex Foundation. Bogotá: Vortex Foundation.

Garay Salamanca, L. J., Salcedo-Albarán, E., & Macías, G. (2018d). Macro-Corrupción and Institutional Co-optation: The "Lava Jato" Criminal Network. Bogotá, Colombia: Fundación Vortex.

Garay Salamanca, L. J., Salcedo-Albarán, E., & Macías Fernández, G. (2018f). Análisis, identificación y cálculo de daño social causado por algunas modalidades de corrupción en Colombia. Fundación Vortex. Bogotá: Fundación Vortex.

Garay-Salamanca, L. J., & Salcedo-Albarán, E. (2016). Macro-criminalidad: Complejidad y Resiliencia de las Redes Criminales. Bloomington: iUniverse, Vortex Foundation, Small Wars Journal.

Garay-Salamanca, L. J., Vargas, F., & Salgado, C. (2016). Daño, verdad, reparación colectiva y construcción de paz en Colombia. Bogotá: CODHES.

Garay Salamanca, L. J., & Salcedo-Albarán, E. (2012). Narcotráfico, Corrupción y Estados: Cómo las redes ilícitas han reconfigurado las instituciones de Colombia, Guatemala y México. Ciudad de México: Random House Mondadori.

Garay-Salamanca, L. J., & Salcedo-Albarán, E. (2012). Institutional impact of criminal networks in Colombia and Mexico. Crime, Law and Social Change , 57 (2), 177-194.

López, C. (. (2010). Y Refundaron la Patria: De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado Colombiano. 2010: Debate.

Salcedo-Albarán, E., Garay-Salamanca, L. J., Macías, G., & Santos, D. (2018). The "Lava Jato" Network: Policy Insights for Confronting Transnational Corruption. Vortex Foundation. Bogotá: Vortex Foundation.

Salcedo-Albarán, E., Garay, L. J., Macías, G., & Santos, D. (2018). "Lava Jato": Cartelización para obtener ventajas indebidas en la contratación pública. Bogotá: Fundación Vortex.

Salcedo-Albarán, E., & Garay-Salamanca, L. J. (2016). Macro-Criminalidad: Complejidad y Resiliencia de las Redes Criminales. Bloomington: iUniverse, Vortex Foundation, Small Wars Journal.

United Nations. (2011). Corrupción y daño social. United Nations. Marruecos: United Nations.